

Universidade de Lisboa

Faculdade de Direito



*O Conceito de Artificialidade à luz do Direito da União Europeia e da
Ação 6 do Projeto B.E.P.S.*

INÊS COIMBRA RIBEIRO

Dissertação com vista à obtenção
do grau de Mestre em Direito

Orientadora:

Professora Doutora Ana Paula Dourado, Professora da Faculdade de Direito da
Universidade de Lisboa

Curso de Mestrado em Direito e Ciência Jurídica

Perfil: Direito Fiscal

2017

DECLARAÇÃO DE COMPROMISSO ANTIPLÁGIO

Declaro, por minha honra, que o trabalho é original e que todas as citações estão corretamente identificadas. Tenho consciência de que a utilização de elementos alheios não identificados constitui grave falta ética e disciplinar.

AGRADECIMENTOS

Tendo presente que um dos segredos para o sucesso é a humildade e gratidão para com aqueles que nos transmitem conhecimento científico e apoio emocional, não posso deixar de destacar algumas pessoas e entidades a quem devo boa parte desta dissertação.

Ao meu marido, aos meus pais e restante família devo todo o meu percurso pessoal e académico, no fundo, toda a minha essência, tendo-se revelado fundamental ao longo do tempo o seu incansável apoio, disponibilidade e compreensão.

À Sr.^a Professora Ana Paula Dourado devo não só a conclusão deste grande objetivo que é a entrega do presente trabalho, pelo apoio que me forneceu enquanto orientadora e professora de mestrado, mas também o próprio gosto pelo Direito Fiscal despertado há alguns anos atrás nas interessantes aulas de licenciatura a que tive o privilégio de assistir e que mal sabia que constituiriam as bases de toda a investigação que hoje concluo.

Aos incansáveis funcionários das bibliotecas do C.E.F., particularmente o Dr. Fernando Castro Barbeitos, e da F.D.U.L., particularmente o Dr. João Valente, que se demonstraram não só profissionais exemplares, como pessoas extraordinárias, cuja vertente humana e a boa vontade transpõem qualquer limitação de recursos, devo grande parte do suporte bibliográfico da minha investigação.

A todos os que, de alguma maneira, contribuíram para o sucesso desta tarefa e para a conclusão deste objetivo, deixo um agradecimento que, por maior que seja, nunca será tão grande quanto a importância que tiveram para mim.

Obrigada!

METODOLOGIA

Na elaboração da presente dissertação, foram selecionadas as técnicas metodológicas que nos pareceram mais convenientes e claras para o leitor.

O texto foi redigido ao abrigo do novo acordo ortográfico, à exceção das citações de fontes escritas antes da vigência do acordo, que mantêm a exata fidelidade ao que foi escrito pelo autor original.

Por uma questão de harmonia e economia de redação, foram utilizadas ao longo do texto as abreviaturas e siglas cujo significado pode ser encontrado na lista infra.

Os capítulos da dissertação, embora não estejam designados com este nome, estão identificados por números e destacados a negrito. Quanto às divisões dentro de cada capítulo, optámos por nos referir a elas ao longo do texto como “pontos”, estando igualmente destacadas a negrito.

As citações de excertos de textos de outros autores foram fielmente reproduzidas, entre aspas, com a indicação de reticências entre parêntesis sempre que é feita uma interrupção no texto citado e com o conteúdo eventualmente acrescentado delimitado por parêntesis retos. A transcrição de legislação foi assinalada a itálico.

A lista de bibliografia existente no final da dissertação (organizada por ordem alfabética de acordo com o apelido do autor) seguiu, genericamente o Manual da Norma Portuguesa – NP 405, com a opção pela não indicação do ISBN/ISSN:

Livro impresso (NP405-1)

AUTOR(ES)

- Título: complemento de título, Volume, Edição, Local de publicação: Editor, Ano de publicação.

Artigo impresso ou *online* / texto inserido em obra coletiva (NP405-1)

AUTOR(ES)

- Título do artigo, in Título da Revista ou Obra Coletiva, Volume, Número, Edição, Local de publicação: Editor, Ano, Páginas.

Já as indicações bibliográficas incluídas ao longo do texto em nota de pé de página contam com uma descrição mais abreviada, excluindo, dos elementos acima indicados, o volume (no caso das revistas científicas), a edição, o local de publicação e a editora, mas com a opção de repetir todos os elementos da dita indicação abreviada sempre que nos referimos ao mesmo texto, ao invés da opção por mecanismos de remissão, por preferirmos esta técnica em termos de clareza e economia de tempo para o leitor.

Apenas quando a mesma obra e autor são imediatamente repetidos na nota seguinte utilizaremos as expressões remissivas *Idem* ou *Ibidem*.

A lista de legislação também presente no final da dissertação, está organizada por ordem cronológica (da mais antiga para a mais recente) por comodidade de exposição, dentro do respetivo grupo do ordenamento em que foi produzida e conta com a indicação do diploma originário ou do que o veio substituir, apenas com a referência à tomada em consideração de todas as atualizações sofridas até ao momento, por motivos de economia de redação, assim como o nome atribuído ao diploma e respetiva abreviatura/sigla sempre que seja o caso e ainda a referência ao jornal oficial em que foi publicado.

A lista de jurisprudência colocada igualmente a final, ordenada também cronologicamente, dos casos mais antigos para os mais recentes, contém a indicação do Tribunal que a proferiu e data em que o fez, do número do respetivo processo seguido, no caso de acórdãos do T.J.U.E., do código identificador europeu de jurisprudência (E.C.L.I.) e, entre parêntesis, o nome dado ao caso tratado no acórdão.

As transcrições de excertos em língua estrangeira mantêm-se fiéis ao original a não ser que surja a referência a “tradução livre” ou “traduzido por (nome do autor português e indicação da obra onde o faz)” e são colocadas entre aspas como se referiu supra, na temática das citações. Sempre que são utilizadas expressões pontuais em língua estrangeira ou merecedoras de especial destaque ao longo do corpo do texto, elas figuram assinaladas a itálico (ex.: *Base Erosion and Profit Shifting*), a não ser que se trate de siglas, as quais se optou por manter sem itálico dada a sua universalidade (ex.: B.E.P.S., P.P.T., L.O.B., C.F.C., etc.).

Sempre que surge a expressão abreviada “ação x do B.E.P.S.”, aquilo a que nos pretendemos referir é a determinado Relatório designado como Ação X (surgirá maioritariamente a indicação da Ação 6 mas também podem ser mencionadas outras), promovido pelo Projeto O.C.D.E. anti-B.E.P.S., optando pela primeira fórmula por economia de redação e comodidade de exposição. Chamamos ainda a atenção para o facto de, ao invés da formulação vulgarmente utilizada pelos autores e legislação portugueses que é a de mencionar a B.E.P.S. no feminino uma vez que se referem à Erosão de Bases Tributárias e Transferência de Lucros, nós preferimos referir sempre o B.E.P.S. no masculino uma vez que estamos sempre a reportar-nos ao Projeto ou a um determinado Relatório do Projeto.

ABREVIATURAS

- Art.(s) – Artigo(s);
- A.T. – Autoridade Tributária;
- A.T.A.D. – *Anti Tax Avoidance Directive*;
- B.E.P.S. – *Base Erosion and Profit Shifting*;
- C.C. – Código Civil;
- C.D.T.(s) – Convenção(ões) sobre dupla tributação;
- C.E.F. – Centro de Estudos Fiscais;
- C.F.C. - *Controlled foreign companies*;
- Cfr. – Conforme/confrontar/conferir;
- C.G.A.A.(s) – Cláusula(s) Geral(is) Antiabuso;
- C.I.R.C. - Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas;
- C.I.R.S. – Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares;
- C.M.O.C.D.E. – Convenção Modelo da O.C.D.E.;
- C.M.O.N.U. – Convenção Modelo da O.N.U.;
- C.P.P.T. – Código de Procedimento e de Processo Tributário;
- D.L. – Decreto-Lei;
- E.B.I.T.D.A. – *Earnings before interest, tax, depreciation and amortisation*;
- E.C.L.I. – *European Case Law Identifier*;
- Ed. – Edição;
- E.E.E. – Espaço Económico Europeu;
- E.F.T.A. – *European Free Trade Association*;
- E.M.(s) – Estado(s)-Membro(s);
- Etc. – *Et cetera*;
- E.U. – *European Union*;
- E.U.A. – Estados Unidos da América;
- F.D.U.L. – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa;
- G20 – Grupo dos 20;
- i.e. – *Id est* / isto é;
- I.R.C. – Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas;
- I.R.S. - Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares;
- I.V.A. – Imposto sobre o Valor Acrescentado;

- J.O. – Jornal Oficial;
- L.G.T. – Lei Geral Tributária;
- L.O.B. - *Limitation on benefits*;
- N.º(s) – Número(s);
- N.A.F.T.A. – *North American Free Trade Agreement*;
- O.C.D.E. - Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico;
- O.E.C.D. – *Organization for Economic Co-operation and Development*;
- O.N.U. – Organização das Nações Unidas;
- Par.(s) – Parágrafo(s);
- Proc.(s) – Processo(s);
- Prof.^a – Professora;
- P.P.T. – *Principal purposes test*;
- R.G.I.T. – Regime Geral das Infrações Tributárias;
- S.E.C. – Sociedades estrangeiras controladas;
- T.E.D.H. – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem;
- T.F.U.E. – Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia;
- T.J.U.E. – Tribunal de Justiça da União Europeia;
- U.E. – União Europeia;
- Vol. – Volume.

RESUMO

Não sendo um fenómeno novo, o abuso de regras fiscais tem vindo, no entanto, a colocar desafios cada vez mais ambiciosos ao legislador, essencialmente devido a fatores como a crescente complexificação das estruturas societárias empresariais, permitida e incentivada pelo incessante movimento de globalização com que somos quotidianamente surpreendidos.

A vontade de repor a transparência fiscal e a justa alocação dos poderes tributários entre os Estados não pode, no entanto, afetar vetores fundamentais deste ramo do Direito, com dignidade constitucional e reconhecidos a nível internacional, designadamente o Princípio da Segurança Jurídica, na vertente da previsibilidade que deve subjazer a qualquer dispositivo legal.

Embora reconhecendo a essencialidade da existência de conceitos indeterminados para a necessária fluência do tráfego jurídico e a irremediável permanente desatualização legislativa, consideramos ter de existir um núcleo mínimo fundamental de segurança na interpretação de qualquer norma.

No caso das normas gerais antiabuso – objeto do nosso estudo – esse conteúdo mínimo obtém-se através da inclusão e, tanto quanto possível, densificação, do requisito da artificialidade – já de si uma concretização do elemento normativo, amplamente reconhecido como essencial a este tipo de cláusulas.

O que neste estudo se procura mostrar é de que forma tem sido entendido este requisito no âmbito dos trabalhos promovidos a nível internacional (particularmente pelo grupo de trabalho alocado ao Projeto B.E.P.S. pela O.C.D.E.) e regional (no caso específico da U.E.), apurando as lacunas e virtudes resultantes do labor, ainda em construção, de cada um dos referidos organismos neste campo, de modo a que a identificação de tais deficiências possa contribuir para uma progressiva melhoria da legislação neste domínio para futuro.

Para o efeito, sem embargo de uma adequada descrição do percurso, tanto da O.C.D.E., como da U.E., para chegarem aos dispositivos gerais de combate ao abuso que hoje têm em cima da mesa, o nosso estudo focar-se-á na análise do elemento normativo, sob a forma do conceito de artificialidade, previsto no n.º 7 do *Article X (Entitlement to Benefits)* do Relatório da Ação 6 do Projeto B.E.P.S., por um lado, e no Artigo 6.º (Regra geral antiabuso) da Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho, de 12 de julho de 2016, que estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal que tenham incidência direta no funcionamento do mercado interno (A.T.A.D.), por outro.

Palavras-chave: Artificialidade; Abuso; Cláusula Geral Antiabuso; regra P.P.T., Ação 6 do B.E.P.S., Diretiva A.T.A.D..

ABSTRACT

Although this is not a new phenomenon, tax abuse have been gradually addressing more and more ambitious challenges to the lawmakers around the world, mainly due to factors such as the increasing complexity of corporate structures, allowed and encouraged by the ceaseless globalization movement which surprise us everyday.

The desire to restore fiscal transparency and fair allocation of taxing powers among States can not, however, affect fundamental vectors of this area of law, which have constitutional dignity and are recognized at an international level, namely the Principle of Legal Certainty, as regards the predictability which must underlie any legal provision.

While recognizing the essentiality of the existence of indeterminate concepts for the necessary fluency of legal traffic and the irremediable permanent outdating of the legislation, the author consider that there must be a fundamental minimum core of security in the interpretation of any provision.

In the case of general anti-abuse rules - object of this study - this minimum content is obtained through the inclusion and, as far as possible, densification, of the artificiality requirement - already an accomplishment of the normative element, widely recognized as essential to this kind of clauses.

This study aims to show how this requirement has been understood in the context of works promoted at international level (particularly by the working group allocated by O.E.C.D. to the B.E.P.S. Project) and regional level (in the specific case of the E.U.), by identifying the loopholes and merits resulting from the work, still in progress, of each of these organizations in this field, so that the identification of such shortcomings can contribute to a progressive improvement of the legislation on this matter for the future.

For this purpose, beyond the reporting of an adequate description of the path that has led both O.E.C.D. and E.U. to reach the anti-abuse clauses they now have on the table, this study will focus on the normative element, through the artificiality concept, foreseen in paragraph 7 of Article X (Entitlement to Benefits) of the Action 6 Report of the B.E.P.S. Project, on the one hand, and in Article 6 (General anti-abuse rule) of the Council Directive (EU) 2016/1164, of 12 July 2016, laying down rules against tax avoidance practices that directly affect the functioning of the internal market (A.T.A.D.), on the other hand.

Key-words: Artificiality; Abuse; General Anti-Abuse Rule; P.P.T. rule; B.E.P.S. Action 6; A.T.A.Directive.

ÍNDICE

1. Introdução.....	1
2. Conceptualização e delimitação do tema.....	3
2.1 Fraude, abuso, planeamento fiscal, planeamento fiscal agressivo.....	3
2.2 Abuso.....	6
2.2.1 O abuso no âmbito internacional.....	8
2.2.2 O abuso no âmbito europeu.....	10
2.3 Artificialidade.....	12
3. O conceito de artificialidade à luz da Ação 6 do Projeto B.E.P.S.	15
3.1 O movimento B.E.P.S.	15
3.2 A Ação 6 do Projeto B.E.P.S.	18
3.2.1 Concretização do conceito de artificialidade na Ação 6 do Projeto B.E.P.S.	21
3.2.1.1 Decomposição da regra P.P.T.	23
a) Resultado (“elemento objetivo”)	24
b) Meio	26
c) Finalidade do negócio (“elemento subjetivo”).....	29
d) Artificialidade (“elemento normativo”).....	34
e) Estatuição.....	45
4. O conceito de artificialidade à luz do Direito da União Europeia.....	47
4.1 Resenha histórica sobre o abuso fiscal na União Europeia.....	48
4.1.1 Aplicação do Princípio do Abuso pelo T.J.U.E.	48
a) Jurisprudência em matéria de tributação direta não harmonizada...	54
b) Jurisprudência em matéria de tributação direta parcialmente harmonizada.....	60
c) Jurisprudência em matéria de tributação indireta harmonizada (I.V.A.).....	61
4.1.2 A C.G.A.A. recomendada pela Comissão em 2012.....	63
4.2 A C.G.A.A. da A.T.A.D. de 2016.....	66
4.2.1 Decomposição da C.G.A.A. presente na A.T.A.D.	73
a) Resultado (“elemento objetivo”).....	74
b) Meio.....	75
c) Finalidade do negócio (“elemento subjetivo”).....	77

d) Artificialidade (“elemento normativo”).....	80
e) Estatuição.....	84
5. Balanço comparativo dos contributos da O.C.D.E. e da U.E. para a densificação do conceito de artificialidade no âmbito do abuso de normas fiscais.....	86
6. Reflexos que a regra P.P.T. da Ação 6 do Projeto B.E.P.S. e que a C.G.A.A. da A.T.A.D. podem ter na produção legislativa interna dos Estados.....	91
7. Conclusões.....	99
Bibliografia.....	103
Legislação.....	115
Jurisprudência.....	121

1. Introdução

É inquestionável a influência que o atual e incessante movimento de globalização exerce em todas as áreas do saber. O Direito Fiscal não é exceção a esta tendência, fazendo-se sentir a dita influência, com especial acuidade, num domínio específico deste ramo jurídico: o combate à elisão fiscal.

As relativamente recentes polémicas e ondas de contestação em torno da ausência de pagamento dos impostos - especialmente por terem coincidido com tempos de crise económica e financeira¹ - devidos por parte de algumas das maiores multinacionais do mundo fez “tocar as sirenes” dos Estados mais preocupados e despertados para estas questões. Os mesmos Estados que outrora foram fervorosos adeptos da livre concorrência fiscal chegando ao ponto de a promover através de incentivos fiscais que tornassem o seu ordenamento mais apetecível para investir, veem-se agora a braços com problemas, tais como elevados défices orçamentais aliados à falta de controlo da fuga fiscal praticada pelas empresas, que os levam a repensar as estratégias de tributação, o que faz com que, como diz ERIC KEMMEREN,² “where the focus was for a long time on tax competition, now the focus is much more on tax coordination.”³

Esta alteração de paradigma foi impulsionada, ao nível da O.C.D.E., pelo movimento anti-B.E.P.S. (*Base Erosion and Profit Shifting*),⁴ e acompanhada de perto pela U.E., preparando cada uma das organizações os instrumentos legislativos ou de *soft law* que entenderam adequados para fazer face à realidade supra descrita – no que ao nosso estudo importa, essencialmente o Relatório da Ação 6 do Projeto B.E.P.S. (sendo o Art. X, n.º 7 correspondente à “regra P.P.T.” o alvo do nosso estudo) e a Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho, de 12 de julho de 2016, que estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal que tenham incidência direta no funcionamento do mercado interno - A.T.A.D. (sendo o Art. 6.º correspondente à regra geral antiabuso - “C.G.A.A. europeia”, como a designaremos - o alvo do nosso estudo).

¹ Para uma apreciação da relação entre a crise e a necessidade de reforço da prevenção da elisão fiscal v. TIMOTHY LYONS, “The financial crisis, tax avoidance and EU GAAR”, in *British Tax Review*, 2013, 2.

² No seu artigo “Where is EU Law in the OECD BEPS Discussion?”, in *EC Tax Review*, 2014, 4, p. 190.

³ No mesmo sentido vai YARIV BRAUNER, “BEPS: An Interim Evaluation”, in *World Tax Journal*, 2014, 1, p. 10, ao referir que “progress can be achieved solely through cooperation, and the existing competition based, unilateral action dominated paradigm is destined to fail”.

⁴ Doravante identificado simplificada e como “projeto/movimento B.E.P.S.” ou apenas como “B.E.P.S.”.

Abordaremos essencialmente estes instrumentos e todo o trabalho que esteve subjacente à sua preparação, com vista a responder ao grande desafio a que nos propomos na presente investigação: chegar ao conceito mais completo e seguro de “artificialidade” no âmbito das cláusulas gerais antiabuso.

Nesse sentido, iniciaremos a nossa exposição com distinções conceptuais básicas inerentes ao tema em apreciação (capítulo 2.) que permitirão compreender e acompanhar todo o restante desenvolvimento da dissertação, subdividindo depois a análise de conceito central da investigação – a artificialidade – pela interpretação que dele é feita ao abrigo da Ação 6 do Projeto B.E.P.S. (capítulo 3.) e do Direito da U.E. (capítulo 4.), culminando num balanço comparativo dos contributos da O.C.D.E. e da U.E. para a densificação desse mesmo conceito (capítulo 5.) e inserindo uma breve nota, a final, sobre a importante análise dos reflexos que a regra P.P.T. da Ação 6 do Projeto B.E.P.S. e que a C.G.A.A. europeia da A.T.A.D. podem ter na produção legislativa interna dos Estados (capítulo 6.), sendo então retiradas as devidas conclusões (capítulo 7.) de toda esta reflexão.

2. Conceptualização e delimitação do tema

A título preliminar, vemos como necessidade essencial definir corretamente a terminologia em torno da qual iremos trabalhar, o que nos permite também delimitar de forma precisa as fronteiras dos temas a que pretendemos ater-nos.

O tema central da presente investigação insere-se no grande leque de comportamentos atualmente associados à tentativa de redução ou mesmo de não pagamento de impostos. De entre as diversas vias ao alcance do sujeito passivo para obter tal desiderato, a única que irá captar a nossa atenção será a do abuso de normas fiscais.

Como se verá, o instituto jurídico do abuso é constituído por diversas componentes ou elementos. Dado que, em nossa opinião, a componente da artificialidade é aquela que dá verdadeiramente forma ao instituto e que permite a sua utilização como instrumento dissuasor de comportamentos indesejados, é sobretudo nela que a investigação incidirá.

Apesar de o elemento da artificialidade ter que estar, explícita ou implicitamente, presente em qualquer normativo antiabuso, o nosso estudo irá focar-se apenas na análise da presença desse elemento em cláusulas gerais antiabuso, pois é nesse âmbito que ele carece de maior apoio doutrinário à respetiva concretização.

2.1 Fraude, abuso, planeamento fiscal, planeamento fiscal agressivo

Dada a multiplicidade de matérias que se inserem no âmbito das estratégias de planeamento por parte do contribuinte com vista a ver reduzida a sua carga tributária, afigura-se importantíssimo, como já referido, começar por estabelecer algumas distinções conceptuais básicas, de modo a que a compreensão do posterior seguimento do trabalho não fique prejudicada por eventuais confusões de conceitos ou falta de precisão no entendimento das suas fronteiras.

A forma mais gravosa de evitar a cobrança dos impostos é a própria fraude fiscal. Nos casos fraudulentos existe mesmo uma contrariedade aberta e direta com a norma fiscal, um desrespeito deste comando, um comportamento ilícito.⁵ Trata-se da chamada

⁵ Apenas a título de exemplo, veja-se, no que toca a legislação portuguesa, nos art.s 103.º e 104.º do R.G.I.T. a tipificação dos crimes de Fraude Fiscal e de Fraude Fiscal Qualificada, existindo também contraordenações como as enunciadas nos art.s 113.º a 116.º do mesmo diploma. Aproveitamos a ocasião para clarificar que o facto de se recorrer a exemplos de casos e legislação portugueses ao longo da dissertação decorre apenas de motivos de facilidade de exposição para uma

evasão fiscal ou *tax evasion*, situações verdadeiramente *contra legem* como é o caso da não declaração de determinados rendimentos ou de uma declaração de rendimentos diferente (de valor mais baixo) do que aquela que corresponderia à realidade. Nestes casos a solução é simples: se o comportamento é contrário à norma, é ilícito, e assim sendo está sujeito às sanções legalmente previstas para o tipo de prevaricação praticado.

Mais difíceis de examinar são os casos em que formalmente não ocorre qualquer contrariedade com a letra da lei, mas observa-se que a forma particular como o comportamento foi planeado e levado a cabo colidem com o espírito, *ratio* ou teleologia da norma, usufruindo ainda assim, o agente, do benefício concedido pela disposição, de forma artificial.⁶ São as chamadas situações de abuso, elisão⁷, evitação fiscal ou, na língua universal, a chamada *tax avoidance*. Nestes casos deixa de haver legitimidade para aplicar uma sanção propriamente dita pois, de facto, o contribuinte não violou a norma na sua plenitude. A redação da norma foi formalmente respeitada, o que aconteceu foi que se encetaram comportamentos que conseguiram contornar a aplicação da mesma, evitá-la, sem a desrespeitar na sua formulação literal. Dando um exemplo simples para melhor percepção inicial, era este o caso das tradicionais situações, ocorridas nomeadamente em Portugal, das lavagens de cupões, que consistiam na venda das obrigações de cupão zero⁸ a entidades isentas, de modo a que, no dia do vencimento do juro – que implica o pagamento de imposto – o cupão estivesse na esfera jurídica da entidade isenta, o que fazia com que o imposto não fosse devido, sendo então – após o juro vencido e obtida a isenção do pagamento do imposto – a obrigação revendida à primeira entidade. Formalmente, a norma que concedia a isenção não foi contrariada (não foi, de facto, concedida nenhuma isenção a uma entidade não isenta) mas foi

primeira abordagem aos temas, daí que tal suceda apenas em tópicos de feição universal aqui tratados, para os quais poderiam ser dados exemplos de qualquer legislação uma vez que se reportam a conceitos basilares genericamente comuns a qualquer jurisdição.

Sublinha-se assim que não faz parte do intuito do presente trabalho analisar detalhadamente legislação portuguesa ou legislação interna de qualquer outro Estado. Nem mesmo as cláusulas antiabuso internas serão alvo de tratamento direto na presente investigação. O que pode suceder, tanto com a C.G.A.A. portuguesa como com todas as internas em geral, é ser-lhes pontualmente feita referência quando tal se mostre pertinente, mas sendo sempre invocadas a título meramente instrumental e apenas com o intuito de se perceber que possíveis reflexos o labor europeu e internacional podem ter sobre elas, sendo esse o motivo pelo qual não lhes é reservado um ponto autónomo na presente secção.

⁶ DAVID FERNANDES & KERRIE SADIQ, “A Principled Framework for Assessing General Anti-Avoidance Regimes”, in *British Tax Review*, 2016, 2, p. 207.

⁷ Aqui iremos, genericamente, assimilar o termo abuso a elisão, embora haja doutrina que identifica pequenas diferenças. No âmbito comunitário v. RAMI KARIMERI, “A Critical Review of the Definition of Tax Avoidance in the Case Law of the European Court of Justice”, in *Intertax*, 2011, 6/7.

⁸ Para um maior aprofundamento sobre esta temática v. SALDANHA SANCHES, *Os Limites do Planeamento Fiscal – Substância e Forma no Direito Fiscal Português, Comunitário e Internacional*, 2003, pp. 249 a 252.

utilizada de uma forma que não foi a que o legislador pretendeu quando a criou: a entidade isenta foi utilizada instrumental e artificialmente para que fosse a entidade não isenta a usufruir do benefício conferido pela norma. Foi precisamente por o legislador ter vindo a identificar comportamentos como este que, não violando a letra da lei, contrariam o intuito para a qual ela foi criada, que começaram a surgir os mecanismos antiabuso, que podem apresentar a feição de cláusulas específicas ou gerais como se descreverá infra.

Ainda tendo em vista as escolhas mais eficientes em termos de poupança fiscal, mas já não recebendo a qualificação de abusivos, temos os comportamentos de planeamento fiscal, os quais são tidos, regra geral, como aceitáveis, a menos que sejam “apanhados” pelo “conceito-chapéu”⁹ de planeamento fiscal agressivo (conceito que recebeu contributos para o respetivo desenvolvimento e densificação tanto a nível europeu como no âmbito do trabalho da O.C.D.E. sobre o fenómeno B.E.P.S., designadamente por via da Ação 12),¹⁰ que passou a englobar qualquer comportamento que, embora legal e até não abusivo/não artificial, possa pôr em risco a sobrevivência do estado fiscal e a noção global de justiça.¹¹ Trata-se de um conceito “relacionado com um apelo a uma coordenação fiscal internacional”, ou seja consiste no “comportamento adotado pelas multinacionais para explorar as oportunidades existentes para reduzir a carga fiscal como resultado da globalização e da interação das regras fiscais dos diferentes ordenamentos jurídicos.”^{12/13} O risco destes comportamentos é o de, como alerta a Comissão Europeia na sua Recomendação C(2012) 8806, de 6.12.2012, no ponto (2) dos considerandos (p. 2), “ocorrerem as duplas deduções (por exemplo, a mesma perda é deduzida tanto no Estado da fonte como no Estado de residência) e a dupla não tributação (por exemplo, rendimentos não tributados no Estado da fonte são isentos de

⁹ Expressão utilizada por ANA PAULA DOURADO, designadamente na sua obra *Direito Fiscal – Lições*, 2016, p. 288 e no seu artigo “Aggressive Tax Planning in EU Law and in the Light of BEPS: The EC Recommendation on Aggressive Tax Planning and BEPS Actions 2 and 6”, in *Intertax*, 2015, 1, p. 48 aqui como “umbrella concept”.

¹⁰ Para maior detalhe sobre este assunto, v., entre outros, JOSÉ MANUEL CALDERÓN CARRERO & ALBERTO QUINTAS SEARA, “The Concept of ‘Aggressive Tax Planning’ Launched by the OECD and the EU Commission in the BEPS Era: Redefining the Border between Legitimate and Illegitimate Tax Planning”, in *Intertax*, 2016, 3 ou MARTA CALDAS, *O conceito de planeamento fiscal agressivo: novos limites ao planeamento fiscal?*, 2015.

¹¹ Cfr. ANA PAULA DOURADO, “Aggressive Tax Planning in EU Law and in the Light of BEPS: The EC Recommendation on Aggressive Tax Planning and BEPS Actions 2 and 6”, in *Intertax*, 1, 2015, p.43.

¹² ANA PAULA DOURADO, *Direito Fiscal – Lições*, 2016, p. 288.

¹³ Ou, na definição igualmente utilizada na Recomendação da Comissão C(2012) 8806, de 6.12.2012, p. 2, “O planeamento fiscal agressivo consiste em tirar partido dos aspetos técnicos de um sistema fiscal ou das assimetrias existentes entre dois ou vários sistemas fiscais, a fim de reduzir as obrigações fiscais”.

imposto no Estado de residência).” Pode dizer-se que o conceito de planeamento fiscal agressivo funciona atualmente como uma espécie de antecâmara para a deteção de situações potencialmente elisivas¹⁴ ou fraudulentas e a aplicação daquele conceito amplo desempenha um papel sobretudo preventivo, o que pode ser comprovado, por exemplo, no preâmbulo do regime português (D.L. n.º 29/2008, de 25 de fevereiro) que justifica a necessidade de existência deste diploma como um meio de reforço da eficácia no combate à fraude e à evasão fiscais, consistindo as suas normas essencialmente em deveres de comunicação, informação e esclarecimento à Administração Tributária de esquemas que consistam em tais planeamentos por parte das entidades que os recomendem ou por parte dos beneficiários desses esquemas, para efeitos de prevenção, uma vez que os deveres de informação têm um efeito de dissuasão de comportamentos de elisão e de fraude fiscal no contexto do planeamento fiscal agressivo.¹⁵

2.2 Abuso

Feito este esclarecimento preliminar, estamos já em condições de precisar que o objeto do nosso trabalho irá focar-se única e exclusivamente no conceito de abuso (que, recordando a definição que adotámos, se reporta aos *casos em que formalmente não ocorre qualquer contrariedade com a letra da lei, mas observa-se que a forma particular como o comportamento foi planeado e levado a cabo colidem com o espírito, ratio ou teleologia da norma, usufruindo ainda assim, o agente, do benefício concedido pela norma, de forma artificial*), ou mais concretamente ainda, apenas num dos componentes deste conceito, como oportunamente se verá. Não serão aqui abordadas detalhadamente, nem as situações de fraude fiscal (*tax evasion*), nem a temática mais genérica do planeamento fiscal agressivo (*aggressive tax planning*).

¹⁴ Sem, no entanto, se confundir com elas e é neste aspeto que discordamos, em certa medida, de PAOLO PIANTAVIGNA, quando no seu artigo “Tax Abuse and Aggressive Tax Planning in the BEPS Era: How EU Law and the OECD Are Establishing a Unifying Conceptual Framework in International Tax Law, despite Linguistic Discrepancies”, in *World Tax Journal*, 2017, 1, p. 47 dá a entender que tanto a O.C.D.E. como a U.E. atravessam neste momento uma tendência para unificar os fenómenos do abuso fiscal e do planeamento fiscal agressivo sob um mesmo quadro conceptual, pois consideramos que esta visão potencializa a confusão de conceitos.

¹⁵ Embora o título do diploma utilize o termo “prevenir e combater o planeamento fiscal abusivo” e aparentemente a intenção do legislador seja fazê-lo equivaler a “planeamento fiscal agressivo” (quando, no preâmbulo utiliza a expressão indiferenciada “o fenómeno do planeamento fiscal agressivo ou abusivo”), em nosso entender, em termos rigorosos, mais correto seria que o diploma dissesse, por exemplo, “prevenir e combater o planeamento fiscal agressivo que possa vir a culminar em comportamentos abusivos”.

Conforme referido supra, o combate ao abuso corporiza-se tendencialmente sob duas formas: a de cláusulas específicas que, por identificarem situações concretas e predefinidas, atuam automaticamente e sob a forma de presunções,¹⁶ convertendo a situação real naquela que se pretendeu elidir; ou a de cláusulas gerais, já não de aplicação automática mas casuística, mediante o preenchimento de determinados pressupostos, igualmente com o intuito de transmutar a situação elisiva naquela que se pretendeu elidir.

Apesar da maior flexibilidade das últimas - que permite identificar situações de abuso que não seriam possíveis de reprimir através de cláusulas específicas – elas são, por natureza, mais propensas a comportar um certo grau de prejuízo para a segurança jurídica por comparação com as primeiras. Voltando ao exemplo dado da lavagem de cupões, o que ambos os tipos de mecanismos antiabuso fariam é “transformar”/requalificar/fazer equivaler a remuneração proveniente da recompra das obrigações (o montante que se ganhou com essa operação) a um juro, ou seja ficcionar que aquilo que se recebeu não é uma remuneração mas um juro, para assim constituir o objeto de tributação; a única diferença entre os dois mecanismos é que, se o comportamento já estiver previamente identificado o legislador já se muniu de uma regra específica antiabuso¹⁷ para a situação em concreto e aplica-a automaticamente enquanto presunção de abuso, cabendo ao contribuinte o ónus de provar o contrário; caso o comportamento ainda não tenha sido anteriormente detetado mas faça crer às autoridades tributárias que vai contra o espírito que o sistema quis atribuir à norma, então cabe ao fisco o ónus de analisar a situação casuisticamente, provando que se preenche cada um dos pressupostos de aplicação de uma C.G.A.A..

Sendo o objeto do nosso estudo apenas as cláusulas de tipo geral pelos motivos indicados supra, faremos uma breve descrição dos elementos que as compõem no ponto 2.3 infra, antecipando desde já que investigaremos a fundo apenas um deles: o elemento normativo consubstanciado no conceito de artificialidade. Dado que tal investigação

¹⁶ Sendo importante notar que, no âmbito do ordenamento jurídico da U.E., não são admitidas presunções de abuso inilidíveis, o que significa que não podem excluir categorias completas de casos sem dar a devida oportunidade ao contribuinte para demonstrar que a sua atuação não foi levada a cabo de forma abusiva. Neste sentido v., além das próprias decisões do T.J.U.E. em matéria de abuso, LUC DE BROE, “Tax Treaty and the EU Law aspects of the LOB and PPT provision proposed by BEPS Action 6”, in *Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) Impact for European and international tax policy* (Ed. Robert Danon), 2016, p. 229.

¹⁷ Como aconteceu precisamente com estes casos da lavagem de cupões em Portugal: uma vez identificado um comportamento-padrão por parte do legislador, este consagrou a norma específica antiabuso do art. 5.º n.º 5 do C.I.R.S..

ocorrerá em torno de C.G.A.A.s provenientes da O.C.D.E. e da U.E., afigura-se necessário definir as várias dimensões que o abuso pode assumir, ou seja, distinguir em que é que este conceito se consubstancia ao nível dos diversos planos: internacional, europeu e inerentes reflexos a nível interno, perceber como opera em cada um deles e delimitar quais dessas abordagens nos serão úteis na tarefa a que nos propomos.

2.2.1 O abuso no âmbito internacional

Não se podendo dizer, no presente estágio de evolução, que exista propriamente um “ordenamento jurídico internacional” (embora utilizemos a expressão por comodidade de exposição) - pelo menos nos moldes tradicionais de uniformidade de legislação e de existência de um tribunal único para dirimir os conflitos fiscais interestados – o que se quer significar com o termo “abuso no âmbito internacional” é a existência de sugestões, por parte de organismos internacionais, de medidas que os Estados possam adotar no âmbito das C.D.T.s (convenções sobre dupla tributação) que celebrem bilateralmente, com vista ao combate ao abuso fiscal.¹⁸

Referimo-nos essencialmente à Convenção Modelo desenvolvida pela O.C.D.E. e suas recentes propostas de alteração¹⁹ vertidas nas 15 ações B.E.P.S., cujo teor e contexto melhor se explicam no ponto 3.1 infra. É este o principal instrumento que serve de suporte aos Estados contratantes no momento da negociação de uma convenção internacional bilateral no âmbito fiscal, contendo também disposições capazes de influenciar as opções legislativas internas de cada Estado a este nível. Apesar de, como referido, se tratarem de “sugestões”, ou seja meras recomendações não vinculativas, geralmente sob a forma de modelo ou protótipo (pronto a ser replicado, mas de adoção não obrigatória) o seu estudo é fundamental uma vez que servem de padrão para as C.D.T.s celebradas entre muitos estados em todo o mundo e podem, como se disse, influenciar o labor legislativo interno desses ordenamentos.

¹⁸ Sendo que o mecanismo da C.G.A.A. ou doutrinas de abuso de direito similares são já atualmente reconhecidos como Princípio Geral de Direito Internacional, pelo menos pelas “nações civilizadas”. Neste sentido v. JOÃO DÁCIO ROLIM, “The General Anti-Avoidance Rule: Its Expanding Role in International Taxation”, in *Intertax*, 2016, 11, p. 819.

¹⁹ Estando previstas, nalguns casos, também alterações à legislação interna dos Estados ou atualizações das *Guidelines* dos Preços de Transferência, e havendo situações em que são necessários diversos tipos de alterações combinados. Sobre este assunto v. CHRISTOPH SCHELLING, JESSICA SALOM & NATASSIA BURKHALTER, “Overview of the Base Erosion and Profit Shifting Project”, in *Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) Impact for European and international tax policy* (Ed. Robert Danon), 2016, p. 13.

O objetivo tradicional de tais convenções era o de evitar a dupla tributação, com vista à proteção do contribuinte, aliado ao da justa repartição do “poder de tributar” entre os dois Estados contratantes. No entanto, com a crescente verificação de situações de fuga e evitação do imposto a pagar pelo sujeito passivo por meio de operações transfronteiriças, passou a constar inequivocamente, desde a revisão de 2003, nos comentários ao art. 1.º da C.M.O.C.D.E.,²⁰ como objetivo com o mesmo grau de importância, o de evitar também a dupla não tributação,²¹ agora com o intuito de proteger da própria capacidade de arrecadação (além da mera medida em que opera a alocação) de tributos por parte dos Estados contratantes, numa clara manifestação do chamado *single-tax principle*, que prevê que as transações transnacionais sejam tributadas uma única vez (nem mais do que uma, nem menos do que uma).

É dentro deste segundo objetivo que se insere a batalha contra o abuso de normas fiscais com vista à evitação do pagamento do imposto ou diminuição do seu montante. Os mecanismos tradicionalmente utilizados para “combater nesta batalha” são as cláusulas especiais antiabuso dirigidas a situações concretas, previamente identificadas pelos Estados signatários da convenção em causa como problemáticas, técnica esta cuja utilização continua a ser recomendada nos recentes trabalhos de investigação da O.C.D.E. uma vez que, caso seja possível prever normas específicas antiabuso, elas são preferíveis em relação a uma cláusula geral, já que as primeiras trazem tendencialmente maior segurança jurídica ao destinatário a que se dirigem e comportam maior facilidade de aplicação pela A.T.. É o caso, designadamente, das *linking rules* (regras antiabuso especificamente destinadas a neutralizar os efeitos da manipulação de arranjos decorrentes de esquemas alicerçados em *hybrid mismatches* - i.e. arranjos que exploram as disparidades entre o tratamento fiscal dos instrumentos, entidades ou transferências entre dois ou mais países);²² das regras C.F.C., que consistem também em regras antiabuso específicas relativas ao regime das *controlled foreign companies* (sociedades estrangeiras controladas – S.E.C., na sigla portuguesa), estabelecendo uma imputação

²⁰ Logo no comentário n.º 7 ao art. 1.º quando se inicia a explicação do que seja uma utilização imprópria das C.D.T.s. Preocupação semelhante é manifestada no comentário n.º 23 ao art. 1.º da C.M.O.N.U., assumindo-se portanto, visivelmente, a luta contra o abuso fiscal como uma preocupação a nível plenamente global.

²¹ Para uma análise detalhada da progressiva introdução na C.M.O.C.D.E. de elementos relacionados com esta preocupação v. RADHIKA KARADKAR, “Action 6 of the OECD/G20 BEPS Initiative: The Effect on Holding Companies”, in *Bulletin for International Taxation*, 2017, 3/4, p. 6.

²² Recomendadas pela Ação 2 do B.E.P.S., que pode ser consultada em <http://www.oecd.org/tax/neutralising-the-effects-of-hybrid-mismatch-arrangements-action-2-2015-final-report-9789264241138-en.htm>.

aos sócios residentes dos rendimentos auferidos pelas sociedades não residentes por eles controladas e sujeitas a um regime fiscal privilegiado;²³ das regras que contêm limitações à dedutibilidade dos juros (disposições que limitam a dedutibilidade dos gastos excessivos com empréstimos obtidos por parte dos grupos de empresas – que procuram reduzir a sua coleta global através de pagamentos excessivos de juros);²⁴ ou das regras L.O.B. (*limitation-on-benefits*) com uma intrínseca preocupação de bilateralização que consiste em limitar a concessão dos benefícios da convenção em causa apenas a pessoas que preencham determinados requisitos, ou seja não basta ser residente de um Estado contratante para ficar automaticamente sujeito aos benefícios da convenção, para isso, adicionalmente, o sujeito tem que preencher os requisitos de “pessoa qualificada”, assegurando-se assim a preocupação de que o sujeito passivo seja tributado num dos Estados contratantes e que não ocorram situações de dupla não tributação.²⁵

Apesar de, como se vê, o desenvolvimento destas regras especiais antiabuso continuar a ter especial relevância e manter até o seu cariz de método preferencial de combate ao abuso, recentemente tem vindo a ser reconhecida a indispensabilidade de consagrar uma cláusula geral antiabuso no âmbito internacional, ou seja, para vigorar nas C.D.T.s concluídas entre Estados. É sobre este novo mecanismo antielisão sugerido no contexto B.E.P.S. (a regra P.P.T. no âmbito da Ação 6) que focaremos a nossa atenção no ponto 3.2.1.1 infra.

2.2.2 O abuso no âmbito europeu²⁶

Ao contrário do que sucede a nível internacional, no contexto mais restrito (regional) da União Europeia já se pode dizer que existe um verdadeiro ordenamento jurídico

²³ As quais mereceram a preocupação da Ação 3, que pode ser consultada em <http://www.oecd.org/tax/designing-effective-controlled-foreign-company-rules-action-3-2015-final-report-9789264241152-en.htm>.

²⁴ Tratadas no âmbito da Ação 4 do B.E.P.S., que pode ser consultada em <http://www.oecd.org/tax/beps/limiting-base-erosion-involving-interest-deductions-and-other-financial-payments-action-4-2016-update-9789264268333-en.htm>.

²⁵ Corroborada pela Ação 6, que pode ser consultada em <http://www.oecd.org/tax/preventing-the-granting-of-treaty-benefits-in-inappropriate-circumstances-action-6-2015-final-report-9789264241695-en.htm>.

²⁶ Com a preocupação de distinguir, neste âmbito, vários tipos de abuso consoante o interveniente, bem como os conceitos próximos de “abuse of law” e “abuse of rights”, v. ALEXANDRE SAYDÉ, *Abuse of EU Law and Regulation of the Internal Market*, 2014, pp. 11 a 31.

Europeu. E embora a nível fiscal ainda haja pouca harmonização²⁷, isso não impede que existam normas com vista à coordenação da atuação dos E.M.s nesta matéria.

À semelhança do que vimos acontecer no âmbito internacional acabado de analisar e como é vulgar e desejável em qualquer ordenamento, também na U.E. o modo mais estabilizado de combate à elisão fiscal é através de normas antiabuso “específicas”.²⁸ No contexto da U.E. elas surgem incorporadas nas diversas Diretivas que devem ser transpostas pelos E.M.s e destinam-se a evitar que os benefícios concedidos por estes instrumentos sejam aproveitados de forma abusiva,²⁹ sendo relativas a matérias total ou parcialmente harmonizadas como é o caso do art. 15.º, n.º 1, a) da Diretiva das Fusões³⁰, do art. 1.º, n.º 2 da Diretiva das Sociedades-Mães e Afiliadas³¹, do art. 5.º da Diretiva dos Juros e *Royalties*³², e do art. 131.º da 6.ª Diretiva do I.V.A.³³.

²⁷ V. algumas das objeções à harmonização da fiscalidade direta em GABIRELA PINHEIRO, *A Fiscalidade Directa na União Europeia*, 1998, pp. 29 a 34 e acerca da permanente tensão e dialética entre competitividade e harmonização fiscal v. ROLF EICKE, *Tax Planning with Holding Companies – Repatriation of US Profits from Europe – Concepts, Strategies, Structures*, vol. 22, 2009, pp. 103 a 141.

²⁸ Preferimos, no contexto das Diretivas da U.E., a utilização do termo “setoriais” – tendo enunciado o de “específicas” apenas por motivo de facilitação da distinção para o intérprete – uma vez que, no caso da maioria das Diretivas, as respetivas cláusulas antiabuso apresentam uma feição de cláusulas gerais, embora para o estrito âmbito das matérias tratadas nas Diretivas em que se inserem.

²⁹ Apenas uma nota para referir que, não obstante esta tendência que se verifica de uma cada vez maior harmonização na matéria das cláusulas antiabuso, ainda há Diretivas em que a U.E. deixa a tarefa da elaboração destas normas por completo ao legislador nacional. V. art.s 14.º n.º 3, 16.º n.º 1 e 39.º n.º 3 da Diretiva 2008/118/CE do Conselho, de 16 de Dezembro de 2008, relativa ao regime geral dos impostos especiais de consumo. Para uma análise do conceito de abuso no contexto desta Diretiva e legislação nacional relacionada v. *Caso Comissão/Portugal* (Ação intentada no T.J.U.E. a 12 de março de 2015, proc. C-126/15 e respetivas conclusões da Advogada-Geral Juliane Kokott apresentadas em 27 de outubro de 2016), embora se advirta desde já para o facto de não se tratar de uma análise muito aprofundada, limitando-se a considerar a restrição introduzida pela legislação portuguesa com base na justificação do abuso inadmissível por desproporcional, sem proceder a uma análise detalhada dos elementos do abuso, algo que se afigurava necessário uma vez que a Diretiva aqui em causa não conta com uma cláusula “setorial” antiabuso, ao contrário das outras Diretivas analisadas.

³⁰ Diretiva 2009/133/CE do Conselho, de 19 de outubro de 2009, relativa ao regime fiscal comum aplicável às fusões, cisões, cisões parciais, entradas de ativos e permutas de ações entre sociedades de Estados-Membros diferentes e à transferência da sede de uma S.E. ou de uma S.C.E. de um Estado-Membro para outro (que veio substituir a Diretiva 90/434/CEE do Conselho, de 23 de Julho de 1990, relativa ao regime fiscal comum aplicável às fusões, cisões, entradas de ativos e permutas de ações entre sociedades de Estados-Membros diferentes), cuja cláusula antiabuso é a seguinte:

Artigo 15.º

1. Os Estados-Membros podem recusar aplicar ou retirar o benefício de todas ou parte das disposições dos artigos 4.º a 14.º se for evidente que uma das operações referidas no artigo 1.º:

a) Tem como principal objectivo, ou como um dos principais objectivos, a fraude ou evasão fiscais; o facto da operação não ser executada por razões comerciais válidas como a reestruturação ou racionalização das actividades das sociedades que participam na operação pode constituir uma presunção de que a operação tem como principal objectivo ou como um dos principais objectivos a fraude ou evasão fiscais;

b) ...

³¹ Diretiva 2011/96/UE do Conselho, de 30 de novembro de 2011, relativa ao regime fiscal comum aplicável às sociedades-mães e sociedades afiliadas de Estados-Membros diferentes (que veio substituir a Diretiva 90/435/CEE do Conselho, de 23 de Julho de 1990, relativa ao regime fiscal comum aplicável às

No entanto, inversamente ao que vimos suceder no âmbito internacional, a preocupação da U.E. em assegurar a efetividade de um mecanismo de escape para situações não enquadráveis nas regras específicas não é nova, tendo vindo a ser progressivamente trabalhada e aperfeiçoada ao longo do tempo, desde a mera enunciação de um Princípio jurisprudencial e interpretativo de Abuso até à consagração da atual C.G.A.A. europeia no art. 6.º da A.T.A.D.. Descreveremos todo este percurso no capítulo 4. infra.

2.3 Artificialidade

Qualquer mecanismo legal de combate ao abuso é composto por um conjunto de elementos consagrados doutrinária e jurisprudencialmente como relativamente unânimes. Consistem nos requisitos cujo preenchimento é necessário para que se possa classificar uma situação como abusiva.

Embora existam pequenas variações teóricas e conceptuais e até mesmo divergências de análise de cada um dos elementos ou da forma como estes devem ser preenchidos e interpretados, em nosso entender, as cláusulas antiabuso são compostas, em linhas gerais e salvo melhor opinião, por cinco elementos que funcionam como requisitos para a verificação da ocorrência de abuso: o *elemento resultado*, que consiste no efeito final

sociedades-mães e sociedades afiliadas de Estados-Membros diferentes), cuja cláusula antiabuso é a seguinte:

Artigo 1.º

1. ...

2. *A presente directiva não impede a aplicação das disposições nacionais ou convencionais necessárias para evitar fraudes e abusos.*

³² Diretiva 2003/49/CE do Conselho, de 3 de junho de 2003, relativa a um regime fiscal comum aplicável aos pagamentos de juros e *royalties* efetuados entre sociedades associadas de Estados-Membros diferentes, cuja cláusula antiabuso é a seguinte:

Artigo 5.º

Fraudes e abusos

1. *A presente directiva não impede a aplicação das disposições internas ou baseadas em acordos necessárias para evitar fraudes e abusos.*

2. *Os Estados-Membros podem retirar o benefício da aplicação da presente directiva, ou recusar-se a aplicá-la, no caso de operações que tenham por principal motivo, ou que se contem entre os seus motivos principais, a fraude fiscal, a evasão fiscal ou práticas abusivas.*

³³ Diretiva 2006/112/CE do Conselho, de 28 de novembro de 2006, relativa ao sistema comum do imposto sobre o valor acrescentado (que veio substituir a Diretiva 77/388/CEE do Conselho, de 17 de Maio de 1977, relativa à harmonização das legislações dos Estados-Membros respeitantes aos impostos sobre o volume de negócios — sistema comum do imposto sobre o valor acrescentado: matéria coletável uniforme), cuja cláusula antiabuso é a seguinte:

Artigo 131.º

As isenções previstas nos Capítulos 2 a 9 aplicam-se sem prejuízo de outras disposições comunitárias e nas condições fixadas pelos Estados-Membros a fim de assegurar a aplicação correcta e simples das referidas isenções e de evitar qualquer possível fraude, evasão ou abuso.

a que o contribuinte chega por via do meio escolhido para o alcançar, geralmente consubstanciado numa redução, eliminação ou diferimento temporal de impostos; o *elemento meio*, que consiste na “via escolhida pelo contribuinte para obter o desejado ganho ou vantagem fiscal, isto é, o(s) ato(s) ou negócio(s) jurídico(s) cuja estrutura se encontra determinada em função de um dado resultado fiscal”;³⁴ o elemento vulgarmente designado como “subjetivo”, mas a que preferimos chamar *elemento finalidade do negócio*, o qual, como o próprio nome indica expressa as motivações subjacentes à montagem encetada (em nosso entender, apuradas de forma puramente objetiva, como oportunamente se verá); o *elemento normativo* que é o que verdadeiramente serve para distinguir as situações de elisão fiscal das de poupança fiscal legítima, ou na expressão anglófona as situações de *tax avoidance* das de *tax planning* ou *tax mitigation*, uma vez que o que tem que se verificar é que a conduta do agente viole o “espírito” (elemento teleológico da interpretação) de uma norma embora formalmente respeite a sua “letra” (elemento literal da interpretação) dessa norma;³⁵ e por fim a *estatuição* que, no caso deste tipo de normas, consiste na desconsideração do comportamento elisivo (tornando-o ineficaz) e na sua requalificação como tendo os efeitos jurídicos daquele que seria o comportamento pretendido pela norma, daí preferirmos designar este setor da norma como “estatuição” ao invés de “elemento sancionatório”, como fazem alguns autores.³⁶

De entre todos os elementos descritos, aquele que, em nosso entender, necessita de um maior esforço de concretização é o elemento normativo. Somos da opinião de que o conceito que lhe dá conteúdo é o da artificialidade das condutas mas este, em si mesmo, é um conceito indeterminado. Dada essa sua característica, este conceito não tem que ser necessariamente – e porventura até nem é desejável que seja – pormenorizadamente definido pelo legislador. É um conceito a preencher casuisticamente, de acordo com os contornos em que se desenrola cada situação abusiva identificada mas que, de todo o modo necessita, (i) de estar de alguma forma presente no texto da norma, ainda que por

³⁴ GUSTAVO COURINHA, *Cláusula Geral Anti-Abuso no Direito Tributário – Contributos para a sua Compreensão*, 2004, p. 165. Embora no caso da obra citada a análise seja feita sobre a C.G.A.A. portuguesa (presente no art. 38.º, n.º 2 da L.G.T.) o contributo é útil nesta sede uma vez que os elementos base de qualquer C.G.A.A. são – desejavelmente – os mesmos.

³⁵ Sobre os quatro elementos da interpretação v. OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, 2010, pp. 407 a 415 e para um maior aprofundamento das técnicas de interpretação em Direito Fiscal v. ANA PAULA DOURADO, *O Princípio da Legalidade Fiscal: tipicidade de conceitos jurídicos indeterminados e margem de livre apreciação*, 2005.

³⁶ De que é novamente exemplo GUSTAVO COURINHA, *Cláusula Geral Anti-Abuso no Direito Tributário – Contributos para a sua Compreensão*, 2004, p. 197.

meio de expressões linguísticas equivalentes e (ii) de contar com um mínimo de balizamento interpretativo para que não seja posta em causa a confiança jurídica do sujeito passivo no sistema tributário.

O que nos propomos fazer nos capítulos seguintes é recolher os contributos fornecidos pela O.C.D.E. e pela U.E. neste domínio de forma a atingirmos o melhor conceito possível de artificialidade.

3. O conceito de artificialidade à luz da Ação 6 do Projeto B.E.P.S.

Uma vez definidos os conceitos base respeitantes aos temas tratados na nossa investigação, o passo seguinte é, como se sugeriu, descobrir qual a melhor forma de os utilizar e interpretar ao nível dos instrumentos jurídicos em que eles marcam presença, particularmente nos ordenamentos internacional e europeu, que são os que nos ocupam primordialmente na presente investigação.

Entre os conceitos abordados na fase introdutória da presente dissertação, o que mais questões suscita – devido ao seu carácter largamente indeterminado – é, como se viu, o de artificialidade, o qual, conforme se tem vindo a referir, pretende ser o alvo principal da presente investigação.

No presente capítulo, proceder-se-á então à análise do elemento “artificialidade” potencialmente contido na regra P.P.T.. Para tal, consideramos indispensável começar por dar um breve enquadramento, genérico e preliminar, acerca de todo este movimento em que ela se insere, no âmbito da O.C.D.E..

3.1 O movimento B.E.P.S.

Desde há muito se tem vindo a notar que os contribuintes fiscais com maior capacidade de deslocalização dos respetivos lucros, buscam incessantemente jurisdições fiscais mais favoráveis, com vista à redução da respetiva fatura fiscal. Contudo, os relativamente recentes escândalos relacionados com a ausência de pagamento de impostos por parte de grandes empresas multinacionais,³⁷ derivada da referida

³⁷ Por estes motivos começa, inclusive, a ser discutida a questão da responsabilidade não só legal mas também “social” destas grandes empresas conhecidas e utilizadas por toda a sociedade, sendo daqui que derivaram muitos dos protestos populares e ondas de polémica nos *media* em torno destas multinacionais como a Starbucks, a Amazon, a Google, a Microsoft, a Apple, a Caterpillar entre outras, que foram inclusive ouvidas nos parlamentos inglês e americano sobre esta temática. O debate centra-se no domínio da ética empresarial, nomeadamente no que respeita à relação entre a prossecução, pelas empresas, do objetivo de minimização da sua carga fiscal e a sua responsabilidade social. Isto porque muitos Estados têm visto na fiscalidade um instrumento privilegiado de política económica, através do qual o Estado pode intervir no mercado, por forma a gerir o delicado equilíbrio entre os diversos interesses da Sociedade, Estado e empresas. Para um maior aprofundamento sobre esta questão v. CHRISTIANA HJI PANAYI, “Is Aggressive Tax Planning Socially Irresponsible?”, in *Intertax*, 2015, 10, p. 550. Destacando também a importância desta questão v. ANA PAULA DOURADO, “May You Live In Interesting Times”, in *Intertax*, 2016, 1, p. 2. Neste contexto, PAULO AYRES BARRETO & CAIO AUGUSTO TAKANO relembram que “Although the jurisprudence of most countries has developed the principle that a taxpayer has the right to arrange its affairs so as to minimize its tax liability, such tax planning schemes have been constantly questioned by tax administrations, by the media and even by the broader public, concerning the morality of such schemes and the legal issues involved.” - “The Prevention of Tax Treaty Abuse in the BEPS Action 6: A Brazilian Perspective”, *Intertax*, 2015, 12, p. 825.

deslocalização – aparentemente feita dentro da legalidade e da natural concorrência fiscal existente a nível global – fizeram despertar ainda mais interesse sobre a questão.³⁸ Isto porque, além das enormes perdas de receita tributária que tais comportamentos proporcionam às administrações fiscais dos Estados, trazem agregados outros problemas tais como a desigualdade de tributação entre os contribuintes ou o risco de distorção da concorrência.³⁹

Embora a O.C.D.E. já tenha vindo a demonstrar, de há alguns anos a esta parte, preocupação⁴⁰ com esta temática e com algumas outras abordadas nos diversos relatórios do movimento B.E.P.S., o contexto de tensão acabado de descrever fez com que, em 2013, e em resultado de um mandato conferido pelo G20 à O.C.D.E. neste sentido, tenha sido apresentado o Plano de Ação relativo à Erosão das Bases Tributáveis e Transferência de Lucros (numa tradução estabilizada da sigla B.E.P.S. – *Base Erosion and Profit Shifting*),⁴¹. Este movimento tem, portanto, em vista a procura de soluções comuns ou pelo menos coordenadas com vista a atingir um *level playing field* mínimo comum⁴² entre os Estados da O.C.D.E. e os Estados do G-20 que não fazem parte da O.C.D.E. (como é o caso da Argentina, Brasil, China, Índia, Indonésia, Rússia, Arábia Saudita e África do Sul), contando até com a participação de estados terceiros que não

³⁸ Neste sentido, ERIC KEMMEREN, “Where is EU Law in the OECD BEPS Discussion?”, in *EC Tax Review*, 2014, 4, p. 190 e CHRISTIANA HJI PANAYI, “Is Aggressive Tax Planning Socially Irresponsible?”, in *Intertax*, 2015, 10, p. 544.

³⁹ LORD ROBERT REED, “Anti-Avoidance Principles Under Domestic and EU Law”, in *British Tax Review*, 2016, 3, p. 288.

⁴⁰ Designadamente no Relatório da O.C.D.E. sobre competitividade fiscal prejudicial, de 1998 - *OECD, Harmful Tax Competition, An Emerging Global Issue, OECD Paris, 1998*. Para melhor perceção do contexto histórico pré-B.E.P.S. v., entre outros, ANA PAULA DOURADO, “The Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) Initiative under Analysis”, in *Intertax*, 2015, 1, p. 3 e CHRISTIANA HJI PANAYI, “Is Aggressive Tax Planning Socially Irresponsible?”, in *Intertax*, 2015, 10, pp. 546 e ss.; e para conhecimento das várias etapas de discussão do Relatório da Ação 6 do B.E.P.S. v. PHILIP BAKER, “The BEPS Action Plan in the Light of EU Law: Treaty Abuse”, in *British Tax Review*, 2015, 3, p. 408 e LUC DE BROE, “Tax Treaty and the EU Law aspects of the LOB and PPT provision proposed by BEPS Action 6”, in *Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) Impact for European and international tax policy* (Ed. Robert Danon), 2016, p. 198.

⁴¹ Cujas datas para a finalização dos 15 relatórios foi prevista para três fases: setembro de 2014, setembro de 2015 e dezembro de 2015. Para mais detalhes sobre as etapas do Projeto B.E.P.S. v., por exemplo, CHRISTIANA HJI PANAYI, “The Compatibility of the OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Proposals with EU Law”, in *Bulletin for International Taxation*, 2016, 1/2, pp. 95 e ss. ou YARIV BRAUNER, “BEPS: An Interim Evaluation”, in *World Tax Journal*, 2014, 1.

⁴² Como refere ERIK PINETZ, em “Final Report on Action 6 of the OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Initiative: Prevention of Treaty Abuse”, in *Bulletin For International Taxation*, 2016, 1/2, p. 113, trata-se de um “minimum level of protection against treaty abuse”.

fazem parte de nenhuma das duas organizações, resultando evidente a ambição de nível global do Projeto.⁴³

O referido plano é composto por diversas ações que vêm introduzir alterações à C.M.O.C.D.E. ou legislação relacionada, cada uma vocacionada para um objetivo específico, mas todas elas direcionadas para uma resposta coordenada às condutas das empresas multinacionais que aproveitam as disparidades ou lacunas ao nível do investimento internacional que resultam da interação entre as várias legislações em confronto para, explorando-as de determinado modo, obterem o resultado vantajoso da transferência de lucros para zonas de baixa ou nula tributação, com base em operações (puramente) artificiais, ou seja, tendo como (único)⁴⁴ objetivo a redução ou eliminação de imposto a pagar.

Os responsáveis pelo Projeto B.E.P.S. acreditam que tal desiderato apenas se conseguirá atingir cabalmente através da implementação progressiva de um modelo harmonizado de tributação internacional, que evite que as empresas multinacionais concretizem situações de dupla não tributação ou de reduzida tributação efetiva, por meio da já referida deslocalização artificial dos lucros para outras jurisdições, que não aquelas onde eles foram efetivamente gerados – o Estado fonte dos mesmos.⁴⁵ Torna-se, assim, cada vez mais evidente que o modelo clássico de soberania do poder tributário pertencente ao Estado em que o lucro é gerado se encontra em crise sendo premente arranjar alternativas ao mesmo que, por via de outros mecanismos, assegurem a justa e real tributação.

Tanto assim é, que a Convenção Modelo da O.C.D.E. - que consiste num padrão de Convenção de Dupla Tributação, elaborado pela O.C.D.E., muito utilizado como base para as convenções celebradas entre Estados de todo o mundo – fora inicialmente pensada apenas tendo em vista a evitação da dupla tributação, tendo sido posteriormente reequacionado o seu escopo pela mesma O.C.D.E., e ainda com maior veemência neste movimento B.E.P.S., no sentido de abranger também a preocupação com a dupla não

⁴³ Para uma melhor perceção da forma como o movimento foi impulsionado v. CHRISTOPH SCHELLING, JESSICA SALOM & NATASSIA BURKHALTER, “Overview of the Base Erosion and Profit Shifting Project”, in *Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) Impact for European and international tax policy* (Ed. Robert Danon), 2016, pp. 1 e ss.

⁴⁴ Como veremos, a doutrina diverge em torno da discussão de saber se o alívio fiscal tem de ser o único objetivo ou se pode constituir apenas um entre outros com a mesma importância para o sujeito passivo, em conexão com o requisito de a conduta ter que ser totalmente artificial ou bastar que o seja apenas parcialmente.

⁴⁵ Enquadramento extraído de CARLOS LOBO, “BEPS... a redefinição da política fiscal internacional global?”, in *Fiscalidade(s) na vanguarda do pensamento, 2 anos, 104 reflexões*, 2015, p. 131.

tributação e com o combate ao abuso, erigindo-se assim dois e não apenas um objetivo aquando da elaboração das ditas convenções. O Projeto B.E.P.S. propõe, assim, quinze ações⁴⁶ tendo em vista a redefinição dos *standards* internacionais de tributação.

Apesar de não ser a única em que é analisado o conceito de artificialidade – explícita ou implicitamente –, é na Ação 6 do B.E.P.S. que ele se convoca com maior acuidade para o âmbito que pretendemos explorar já que é esta que contém aquilo que mais se aproxima a uma Cláusula Geral Antiabuso no domínio das convenções internacionais (a regra P.P.T.) e, por isso, é em torno desse relatório que o nosso estudo se centrará.

3.2 A Ação 6 do Projeto B.E.P.S.

Tal como acaba de ser dito, genericamente todo o movimento B.E.P.S. e respetivas ações estão vocacionados para combater instrumentos e mecanismos artificiais ao nível do tráfego jurídico internacional, que de algum modo desvirtuem o que foi o verdadeiro objetivo de tributação dos Estados no momento de elaboração das C.D.T.s.

No entanto, é na Ação 6 – que tem como objetivo⁴⁷ o combate ao abuso de tratados/convenções internacionais (visando em particular o combate ao fenómeno do *treaty shopping*⁴⁸ mas abrangendo também outras formas de *treaty abuse*) - que

⁴⁶ Ação 1 “Addressing the tax challenges of the digital economy”; Ação 2 “Neutralizing the effects of hybrid mismatch arrangements”; Ação 3 “Designing effective controlled foreign company (CFC) rules”; Ação 4 “Limiting base erosion involving interest deductions and other financial payments”; Ação 5 “Countering harmful tax practices more effectively, taking into account transparency and substance”; Ação 6 “Preventing the granting of treaty benefits in inappropriate circumstances”; Ação 7 “Preventing the artificial avoidance of permanent establishment status”; Ações 8, 9 e 10 “Aligning transfer pricing outcomes with value creation”; Ação 11 “Measuring and monitoring B.E.P.S.”; Ação 12 “Mandatory disclosure rules - Disclosure of Aggressive Tax Planning”; Ação 13 “Transfer pricing documentation and country-by-country reporting”; Ação 14 “making dispute resolution mechanism more effective”; Ação 15 “Developing a multilateral instrument to modify bilateral tax treaties”, que podem ser consultadas em <http://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions.htm>.

⁴⁷ Em termos rigorosos esse grande objetivo está dividido em três linhas de ação “[i] Develop model treaty provisions and recommendations regarding the design of domestic rules to prevent the granting of treaty benefits in inappropriate circumstances. Work will also be done to [ii] clarify that tax treaties are not intended to be used to generate double non-taxation and to [iii] identify the tax policy considerations that, in general, countries should consider before deciding to enter into a tax treaty with another country.” - Relatório final da Ação 6 do B.E.P.S. (*Preventing the granting of treaty benefits in inappropriate circumstances, Action 6 – 2015 Final Report*), de outubro de 2015, p. 13. O nosso estudo focar-se-á fundamentalmente no primeiro dos três *action points* identificados, precisamente a parte onde se sugere o novo *Article X – Entitlement to benefits* (que incorpora a L.O.B. e a P.P.T.) que será alvo da nossa análise.

⁴⁸ Conceito definido pela própria Ação 6, na p. 17 do referido Relatório, como “arrangements through which a person who is not a resident of a Contracting State may attempt to obtain benefits that a tax treaty grants to a resident of that State”. Ou, de forma ainda mais detalhada, “The concept of ‘treaty shopping’ can be defined as a business structuring that envisages the obtaining of treaty benefits by a taxpayer that is not resident in either of the contracting states (and therefore is not initially entitled to such benefits), through the interposition of a person or a permanent establishment between the taxpayer and the source of

encontramos aquilo que mais se assemelha a uma Cláusula Geral Antiabuso no que respeita à regulamentação das C.D.T.s para casos em que o abuso consiste na tentativa de contorno das próprias disposições do Tratado.⁴⁹

Nalgumas das restantes Ações B.E.P.S. e mesmo nalguns dos capítulos desta Ação 6, encontramos dispositivos que podem considerar-se como Cláusulas Específicas Antiabuso (v. ponto 2.2.1 supra), cuja aplicação não fica prejudicada pela existência da regra P.P.T., funcionando o normal de mecanismo jurídico de prevalência da regra especial sobre a geral e aplicação prioritária da primeira face à segunda, daí que o n.º 7 do *Article X* se inicie com a expressão “Notwithstanding the other provisions of this Convention”. No caso da Ação 6 referimo-nos, por exemplo, à regra L.O.B. (*limitation on benefits rule*),⁵⁰ prevista nos n.ºs 1 a 6 do proposto *Article X*, que consiste numa nova regra a inserir na Convenção Modelo da O.C.D.E. com vista a limitar a concessão dos benefícios da convenção em causa apenas às “pessoas qualificadas” tal como definidas no n.º 2 da própria norma, ou seja não basta ser residente de um estado contratante para ficar automaticamente sujeito aos benefícios da convenção, para isso, adicionalmente, o sujeito tem que preencher os requisitos de “pessoa qualificada”, assegurando-se assim a preocupação de que o sujeito passivo seja tributado num dos Estados contratantes e que não ocorram situações de dupla não tributação. Este é um bom exemplo de regra específica antiabuso vocacionada para combater o *treaty shopping*.

the income, which interposed person or permanent establishment is entitled to the benefits of that treaty.” PAULO AYRES BARRETO & CAIO AUGUSTO TAKANO, “The Prevention of Tax Treaty Abuse in the BEPS Action 6: A Brazilian Perspective”, in *Intertax*, 2015, 12, p. 827. Para maior informação sobre o conceito v. RADHIKA KARADKAR, “Action 6 of the OECD/G20 BEPS Initiative: The Effect on Holding Companies”, in *Bulletin for International Taxation*, 2017, 3/4, pp. 1 a 7.

⁴⁹ Esclarecimento derivado do facto de existir outro setor da Ação 6 dedicado a casos em que o contribuinte se serve das disposições do tratado mas para contornar legislação interna do Estado pelo qual é tributado. As sugestões deste setor do Relatório e todas que não se relacionem com a regra P.P.T. não serão alvo de abordagem na presente investigação, que se pretende ver cingida ao debate em torno daquilo que se pode considerar uma espécie de C.G.A.A. no âmbito das C.D.T.s, como se tem vindo a repetir. Apenas a título de esclarecimento e para que melhor se perceba a distinção, deixamos um exemplo de cada um dos dois tipos de “treaty abuse”. Relativamente àquele de que é alvo a nossa investigação – contorno de disposições do próprio tratado – o exemplo paradigmático é o de interposição fictícia de uma empresa (uma empresa do Estado A pretende investir numa empresa do Estado B. Como não existe C.D.T. entre o Estado A e o Estado B, mas existe entre o Estado B e o Estado C, a empresa do Estado A decide estabelecer uma empresa “veículo” ou “caixa postal” no Estado C e investe, através dela, na empresa do Estado B); já para a categoria do contorno de legislação nacional o exemplo clássico é o da tentativa de invocação, pelo contribuinte, da C.D.T. pela qual está abrangido para evitar, por exemplo, a aplicação das disposições C.F.C. ou de subcapitalização nacionais.

⁵⁰ O próprio relatório deixa à discricionariedade dos estados contratantes optar pela consagração (i) de apenas uma P.P.T. (ii) de uma P.P.T. combinada com uma versão simplificada ou detalhada da L.O.B., ou (iii) uma versão detalhada da L.O.B. combinada com *anti-conduit legislation* - Relatório final da Ação 6 do B.E.P.S. (*Preventing the granting of treaty benefits in inappropriate circumstances, Action 6 – 2015 Final Report*), de outubro de 2015, p. 19 (par. 22).

Precisamente por a L.O.B. se tratar de uma regra específica e, portanto, de não ser capaz de acomodar todas as preocupações inerentes a potenciais situações de abuso no âmbito das C.D.Ts. é que se sentiu necessidade de consagrar uma regra P.P.T., exatamente pensada com o intuito de complementar as possíveis deficiências da regra L.O.B., aplicando-se aos casos não abrangidos por esta.⁵¹ Assim e até porque a regra L.O.B. já vinha constando frequentemente de bastantes C.D.T.s,⁵² não constituindo por isso a principal novidade mas antes uma sugestão de aperfeiçoamento,⁵³ a previsão que mais importa à presente investigação e à qual iremos dedicar a nossa atenção primordial é a de uma espécie de regra geral antiabuso no que ao mundo das C.D.T.s diz respeito,⁵⁴ que é a que se encontra descrita no Capítulo A. 1.a) ii) da Ação 6 do B.E.P.S., sob o título *Rules aimed at arrangements one of the principal purposes of which is to obtain treaty benefits*.⁵⁵

Esta regra assume caráter mais geral do que a L.O.B., visando complementá-la e ter aplicação em casos não abrangidos por esta, de modo a evitar qualquer lacuna de tributação, como se disse. O seu critério base para aferir das situações merecedoras de tributação é o dos propósitos/motivos/fins principais dos esquemas ou transações em

⁵¹ “Limitation-on-benefits rules have been criticized by scholars due the complexity of some of their tests and the difficulty in applying them in many cases. In addition, the OECD admits that limitation-on-benefits rules cannot prevent certain types of treaty shopping arrangements, especially those based on conduit companies. Acknowledging such limitations (of the objective tests), the OECD also recommended the inclusion of a principal purpose test within the entitlement-to-benefits provision (paragraph 7).” PAULO AYRES BARRETO & CAIO AUGUSTO TAKANO, “The Prevention of Tax Treaty Abuse in the BEPS Action 6: A Brazilian Perspective”, in *Intertax*, 2015, 12, p. 834. No mesmo sentido vão EVGENIA KOKOLIA & EVGENIA CHATZIOAKEIMIDOU quando, no seu artigo “BEPS Impact on EU Law: Hybrid Payments and Abusive Tax Behaviour”, in *European Taxation*, 2015, 4, p. 152 referem que “The LOB rule, however, only focuses on treaty shopping and does not address other forms of treaty abuse; it also does not address certain forms of treaty shopping, such as conduit financing arrangements, through which a resident of a contracting state that would otherwise qualify for treaty benefits is used as an intermediary by persons who are not entitled to these benefits.” e ERIK PINETZ, “Final Report on Action 6 of the OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Initiative: Prevention of Treaty Abuse”, in *Bulletin for International Taxation*, 2016, 1/2, p. 114.

⁵² Como é o caso das concluídas pelos E.U.A., Japão, Índia – cfr. p. 20 do Relatório final da Ação 6 do B.E.P.S. (*Preventing the granting of treaty benefits in inappropriate circumstances, Action 6 – 2015 Final Report*), de outubro de 2015 e também de Portugal – podendo encontrar-se mais informações sobre o tema em GUSTAVO COURINHA, “BEPS e o sistema fiscal português: uma primeira incursão”, in *Cadernos de Justiça Tributária*, 2014, 4, p. 9; não sucedendo o mesmo com tanta frequência com as regras tipo P.P.T..

⁵³ Embora também quanto a ela se possam levantar dúvidas de compatibilidade com o Direito Europeu. Para a exploração desta matéria v., por exemplo, FILIP DEBELVA, DINA SCORNOS, JAN VAN DEN BERGHEN & PIETER VAN BRABAND, “LOB Clauses and EU-Law Compatibility: A Debate Revived by BEPS?”, in *EC Tax Review*, 2015, 3, pp. 132-143.

⁵⁴ Como esclarece ANA PAULA DOURADO em *Direito Fiscal – Lições*, 2016, p. 286, trata-se de uma “cláusula que tem contorno de cláusula geral antiabuso, a ser incluída em tratados fiscais internacionais (convensões de dupla tributação)”.

⁵⁵ Pp. 54 e ss. do Relatório final da Ação 6 do B.E.P.S. (*Preventing the granting of treaty benefits in inappropriate circumstances, Action 6 – 2015 Final Report*), de outubro de 2015.

causa, daí a sua denominação de *P.P.T. rule (Principal Purposes Test rule)* – em português, regra P.P.T. como temos vindo a designá-la -, cuja previsão é que fique localizada sistematicamente como n.º 7 da cláusula que também contém a L.O.B. (*Article X – Entitlement to Benefits*) precisamente como forma de evidenciar a dita complementaridade entre as mesmas.

É nesta regra que centraremos o nosso estudo por considerarmos que, tal como se passa com qualquer outra cláusula geral antiabuso, tem por detrás e como base de sustentação um conceito da artificialidade. O que tentaremos desvendar e analisar é a forma como tal conceito foi concretizado nesta norma e perceber que contributos tal concretização, levada a cabo pela O.C.D.E., pode ter na presente investigação, aquando do cruzamento da concretização de conceitos similares formulados pelo legislador da U.E..

3.2.1. Concretização do conceito de artificialidade na Ação 6 do Projeto B.E.P.S.

Como acaba de ser dito, prevê-se que a regra P.P.T. – esta espécie de C.G.A.A. para o domínio das convenções internacionais sobre dupla tributação – venha a ficar sistematicamente inserida no n.º 7 do novo artigo,⁵⁶ proposto pela Ação 6 do B.E.P.S. para vir a integrar a C.M.O.C.D.E., designado “Entitlement to benefits”, para o qual foi proposta a seguinte redação, na parte que ao nosso estudo mais importa:

⁵⁶ Embora tenhamos sempre por base, ao longo da dissertação, a inserção sistemática sugerida pelo Relatório final da Ação 6 (no n.º 7), damos nota de que no Instrumento Multilateral a adotar em junho de 2017 com vista à incorporação das propostas B.E.P.S. em mais de 200 C.D.T.s existentes entre Estados em torno de todo o mundo (*Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting*, de 24 de novembro de 2016, no âmbito da Ação 15, disponível para consulta em <http://www.oecd.org/tax/treaties/multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-BEPS.pdf>) a escolha foi, inversamente, a de consagrar a regra P.P.T. em primeiro lugar (no n.º 1), como uma espécie de opção que opera por defeito, dado que é a única das três hipóteses (de conjugação ou não com a L.O.B. – v. nota n.º 50 supra) que consegue satisfazer, por si própria, os *standards* mínimos exigidos pela Ação 6. Conforme explicitado no doc. explicativo de apoio à implementação daquelas medidas (*Explanatory Statement to the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting*, disponível para consulta em <http://www.oecd.org/tax/treaties/explanatory-statement-multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-BEPS.pdf>).

ARTICLE X⁵⁷

ENTITLEMENT TO BENEFITS

1. (...)
2. (...)
 - a) (...)
 - b) (...)
 - c) (...)
 - d) (...)
 - e) (...)
 - f) (...)
3. (...)
4. (...)
5. (...)
6. (...)
7. *Notwithstanding the other provisions of this Convention, a benefit under this Convention shall not be granted in respect of an item of income or capital if it is reasonable to conclude, having regard to all relevant facts and circumstances, that obtaining that benefit was one of the principal purposes of any arrangement or transaction that resulted directly or indirectly in that benefit, unless it is established that granting that benefit in these circumstances would be in accordance with the object and purpose of the relevant provisions of this Convention.*⁵⁸

O nosso trabalho, daqui em diante, será o de explorar a fundo não só a redação desta disposição normativa, mas também os respetivos comentários de que se faz acompanhar - tal como sucede com todas as demais normas presentes no texto da C.M.O.C.D.E. – os quais, apesar de não terem valor legal equivalente ao das palavras do próprio texto dos

⁵⁷ Relatório final da Ação 6 do B.E.P.S. (*Preventing the granting of treaty benefits in inappropriate circumstances, Action 6 – 2015 Final Report*), de outubro de 2015, p. 55.

⁵⁸ “Sem prejuízo de outras disposições desta Convenção, um benefício ao abrigo desta Convenção, não será atribuído, relativamente a um item de rendimento ou de capital, se for razoável concluir, quanto a todos os factos e circunstâncias, que a obtenção desse benefício foi uma das principais finalidades dos esquemas ou transações que resultaram direta ou indiretamente nesse benefício, a não ser que seja estabelecido que a obtenção do benefício nessas circunstâncias, está de acordo com o objeto e finalidade das disposições relevantes desta Convenção” – tradução de ANA PAULA DOURADO, *Direito Fiscal – Lições*, 2016, p. 286.

artigos da Convenção, muito ajudam o intérprete na sua tarefa de compreensão da norma, com vista a uma correta aplicação da mesma.⁵⁹

3.2.1.1 Decomposição da regra P.P.T.

Tal como sucede com qualquer C.G.A.A. e conforme ficou esclarecido no ponto 2.3 supra, existe um conjunto relativamente consensual de elementos cujo preenchimento determina a caracterização da situação em causa como abusiva. Também como ali foi explicado, a nomenclatura e designação dada a cada um desses elementos pela diversa doutrina pode sofrer variações. A terminologia aqui adotada é a que nos pareceu mais correta dentro do espírito que compõe cada um dos referidos elementos, ou seja foram utilizados os termos que nos pareceram fazer mais jus ao conteúdo de cada um dos requisitos. Não sendo o *nomen* o aspeto mais relevante nesta matéria, o que importa é sobretudo definir precisamente as várias valências que compõem a norma e explorar que características devem ter as condutas aptas a preencher cada um desses aspetos que compõem a mesma.

Para isso, entendemos ser necessário proceder à “decomposição” da norma em cada um dos referidos elementos, de forma a melhor compreender – simultaneamente de forma minuciosa e com uma panorâmica global e conjunta – que requisitos devem ter as condutas para que a norma lhes seja aplicável.

Este exercício não tem tanto em vista explicitar em que casos se aplica uma C.G.A.A. mas sim chegar ao grande objetivo final de perceber se, face à forma como esta regra se encontra construída – tanto na sua redação como no seu enquadramento interpretativo – ela fornece contributos úteis para identificar justa e corretamente em que consistem as situações abusivas, as situações artificiais. O mesmo se fará para o labor legislativo desenvolvido em torno deste tema ao nível da U.E., o que nos permitirá, a final, uma vez munidos de todas estas informações e análises, identificar vantagens e lacunas de cada uma das formulações em estudo. Embora sabendo que se dirigem a contextos distintos – internacional e europeu – vemos toda a utilidade no estudo conjunto e mesmo no confronto de ambas as versões, dada a proximidade e influência que o movimento de globalização imprime sobre a própria produção

⁵⁹ Sobre o valor legal dos comentários v., por exemplo, LUC DE BROE, *International Tax Planning and Prevention of Abuse*, 2007, pp. 290 e ss.

legislativa. São também os aspetos positivos e negativos dessas influências e interações entre aqueles dois “ordenamentos” e seu reflexo nas jurisdições nacionais que pretendemos explorar nesta investigação, na medida do possível face ao estágio relativamente precoce em que estes mecanismos antielisão de implementação “supraestadual” ainda se encontram.

a) Resultado (“elemento objetivo”)

Entrando na análise de cada um dos principais elementos que compõem a redação da regra P.P.T., começemos por clarificar o que se entende por “benefício” – *a benefit under this Convention* - no contexto do número 7 que contém a dita regra, uma vez que é no “benefício” que se consubstancia o resultado procurado pelo sujeito passivo autor da conduta potencialmente elisiva, a vantagem final pretendida por este.

O benefício tem sido entendido como uma melhoria da situação fiscal do contribuinte em resultado da aplicação de uma ou várias disposições da C.D.T. por comparação com a situação que resultaria da aplicação da legislação nacional a que o contribuinte está sujeito ou por comparação com a situação que resultaria da aplicação de uma outra norma da C.D.T., de outro modo incontestavelmente aplicável.⁶⁰

Como explica o comentário n.º 7 à nova norma em análise, o termo “benefício” (conferido ao sujeito passivo) inclui todo o tipo de limitações a que possa ficar sujeita tributação por si devida no Estado da fonte ao abrigo dos artigos 6.º a 22.º da C.M.O.C.D.E. (redução, isenção, diferimento ou restituição do pagamento de impostos e contribuições), o alívio de dupla tributação fornecido pelo artigo 23.º, a proteção proporcionada aos residentes e aos nacionais de um Estado Contratante pelo artigo 24.º e quaisquer outras limitações similares.⁶¹ Ou seja, tudo aquilo que represente um benefício fiscal para o sujeito passivo e uma limitação na tributação/prejuízo a nível fiscal para o Estado com o direito a tributar. Mas sempre limitado pelo âmbito de

⁶⁰ MICHAEL LANG, “BEPS Action 6: Introducing an Antiabuse Rule in Tax Treaties”, in *Tax Notes International*, 2014, 7, p. 657.

⁶¹ O Relatório da Ação 6 não especifica o que deve entender-se por “similar limitations”. Na opinião de LUC DE BROE, “Tax Treaty and the EU Law aspects of the LOB and PPT provision proposed by BEPS Action 6”, in *Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) Impact for European and international tax policy* (Ed. Robert Danon), 2016, p. 207, tal termo inclui também os art.s 25.º (Procedimento amigável), 26.º (Troca de informações), 27.º (Assistência em matéria de cobrança de impostos) e 28.º (Membros das missões diplomáticas e de postos consulares), embora o Autor veja com dificuldade que o contribuinte encete um esquema em que o objetivo principal seja o de usufruir daqueles benefícios e, por isso, critique a excessiva amplitude da redação utilizada.

aplicação do próprio tratado, pelos tributos aos quais ele se dirige, daí que o que fica dito não implique que sejam negados, através da invocação desta regra, todos os benefícios concedidos com base em legislação fiscal nacional ou europeia, mas apenas aqueles que coincidam com o âmbito de aplicação da C.D.T.s em causa e não cobrindo também o âmbito de aplicação de outros tratados internacionais (diversos da C.D.T.s onde a cláusula esteja vertida) ainda que concluídos entre os mesmos Estados contratantes e ainda que possuam idênticos âmbitos objetivo e subjetivo de aplicação.⁶²

Estas realidades são ilustradas nos próprios exemplos fornecidos pelo referido comentário: o de um Estado Contratante ficar limitado no seu direito de tributar dividendos/lucros, juros e *royalties* gerados nesse Estado e que são pagos a um residente de outro Estado (que é o beneficiário efetivo) ao abrigo dos artigos 10.º, 11.º ou 12.º; o de um Estado Contratante ficar limitado no seu direito de tributar ganhos de capital derivados da alienação de bens móveis localizados nesse Estado por um residente de outro Estado ao abrigo do artigo 13.º; ou o de as C.D.T.s preverem qualquer outra limitação, como por exemplo cláusulas de crédito presumido. Em todas estas situações, o conceito de “benefício” encontra-se preenchido e, por isso, verificado este primeiro requisito da regra P.P.T. – o qual, embora preliminar e, quando isolado, de pouca valia, é de cumprimento essencial para uma plena aplicabilidade da norma – o que permite que se passe à análise dos requisitos seguintes, sendo que apenas com a verificação do preenchimento de todos eles se consegue identificar a situação abusiva e ter legitimidade para aplicar a norma ao caso, assumindo estes, portanto, um caráter cumulativo.

Apesar de existir doutrina que critica a incompletude da definição de “benefício”, o que faz, na opinião destes autores, com que o mesmo tenha pouca aplicabilidade prática,⁶³ não somos da opinião de que este seja um conceito que levante grandes controvérsias. Parece-nos bastante intuitivo perceber que constituirá um “benefício” toda a situação mais vantajosa, seja em pequena ou grande escala, do que aquela em que o sujeito passivo estaria colocado não fosse o esquema que planeou e pôs em prática. O que, a nosso ver, poderá ser discutível são questões de proporcionalidade, ou seja, se se deve tratar da mesma maneira todo e qualquer benefício obtido ou visado obter,

⁶² Cfr. MICHAEL LANG, “BEPS Action 6: Introducing an Antiabuse Rule in Tax Treaties”, in *Tax Notes International*, 2014, 7, p. 656 e LUC DE BROE & JORIS LUTS, “BEPS Action 6: Tax Treaty Abuse”, in *Intertax*, 2015, 2, p. 131.

⁶³ Nomeadamente LUC DE BROE & JORIS LUTS, “BEPS Action 6: Tax Treaty Abuse”, in *Intertax*, 2015, 2, p. 131.

independentemente do volume e dimensão do mesmo. Mas mesmo este ponto não nos parece merecer aprofundada discussão uma vez que, em nossa opinião, o essencial é – como se verá adiante – perceber se o esquema foi artificial. Caso o seja, sofrerá a consequência que qualquer regra antiabuso estipula: a reposição da situação que existiria na ausência de abuso, o que determinará o pagamento do imposto a que o sujeito teve intenção de “fugir”. Ora, se tal fuga era face a um montante de imposto grande, o sujeito pagará muito, se era face a um montante pequeno, o sujeito pagará pouco e assim, pelo próprio funcionamento da estatuição da norma, fica assegurada a proporcionalidade neste domínio.⁶⁴

Como se disse, independentemente de se encontrar precisamente definido à partida o âmbito do benefício, o que importa é perceber se o que quer que seja que o sujeito pretendeu atingir, foi conseguido de forma artificial ou não, é isso que vai ser determinante, a nosso ver, na aplicação da regra P.P.T. e não o tipo de benefício em particular, a não ser que outra fosse a intenção da O.C.D.E., o que não nos parece ser o caso. Assim, não consideramos globalmente problemático este primeiro crivo a ultrapassar no exercício de preenchimento da norma: o do “benefício” visto como uma vantagem em geral.

b) Meio

Apesar de a doutrina que costuma trabalhar sobre a composição das C.G.A.A.s – designadamente as nacionais que é onde, neste momento, se pode encontrar um estudo sistemático mais rigoroso dos elementos deste tipo de normas⁶⁵ – ter usualmente preferência por analisar, em primeiro lugar, o elemento meio e apenas posteriormente o resultado a que este dá lugar, consideramos que torna a análise mais simples e até mais coerente perceber, em primeiro lugar, se ocorreu o resultado final que o contribuinte visava obter por via da C.D.T., ainda antes de aferir se os meios que usou para os atingir e as finalidades que foram pretendidas coincidem com o escopo subjacente à

⁶⁴ Este tema é está, de certa forma, relacionado com o tratado no ponto e) infra da presente secção, onde se discute se, no âmbito da estatuição do comportamento abusivo, devem ser negados todos os benefícios da C.D.T. ou apenas os que foram concretamente contornados.

⁶⁵ A nível internacional a maioria da doutrina apenas reconhece às C.G.A.A.s em estudo neste trabalho os elementos que designa de objetivo e subjetivo, numa análise que consideramos demasiado simplista e que pretendemos aperfeiçoar, designadamente com recurso à experiência interna da doutrina que, a um nível mais aprofundado, tem trabalhado sobre os elementos da C.G.A.A. nacional e que são perfeitamente transponíveis para o âmbito supranacional.

convenção. É uma questão puramente objetiva a que se pode dar, desde logo, uma resposta afirmativa ou negativa (se se logrou obter o resultado almejado ou não) sem necessidade de grande análise dogmática, como tentámos explicar na alínea a) supra. Tendo este ponto assente, ou seja, tendo-se percebido inequivocamente que foi atribuído um “benefício”, aí sim começamos o nosso trajeto analítico com vista à descoberta da existência ou não de “censurabilidade” na atribuição desse benefício – que a nosso ver, como temos vindo a repetir e melhor explicitaremos adiante, assenta na condição de se tratar de uma atribuição “artificial” do dito benefício. Até se concluir, a final, por esse carácter artificial, há no entanto um longo caminho a percorrer, o qual, após a definição da existência do benefício, consiste em saber por que forma – por que “meio” – ele foi obtido. Ora, no caso da regra P.P.T., o que a O.C.D.E. propõe é a exigência de esse meio ter de consistir (i) em “esquemas ou transações”, (ii) que resultem direta ou indiretamente no dito benefício - *any arrangement or transaction that resulted directly or indirectly in that benefit*.

Chama-se a atenção para o facto de estas expressões ainda não conterem necessariamente, nesta fase, um carácter “censurável” ou “artificial”. Nesta etapa, o que se pretende é perceber qual foi a trajetória do sujeito passivo até chegar ao resultado final de redução ou isenção de imposto. Apenas se e na medida em que estas “transações ou esquemas” forem complementadas com os restantes elementos essenciais à aplicação da norma, designadamente o dos “propósitos ou finalidades do negócio” como preferimos chamar-lhe⁶⁶, é que se verificará uma operação artificial.

Talvez precisamente por isso estes termos sejam – como nos explica o próprio relatório B.E.P.S.⁶⁷ – propositadamente abrangentes. Assim, eles têm em vista incluir:

- qualquer contrato, acordo, entendimento, esquema, transação ou série de transações, quer sejam ou não legalmente exigíveis;
- qualquer criação, cessão, aquisição ou transferência do rendimento em si mesmo ou do bem ou direito para o qual o rendimento reverta;
- qualquer esquema com vista a estabelecer, adquirir ou manter as condições da pessoa da qual deriva o rendimento, (ex.: a sua qualificação como residente de

⁶⁶ Em detrimento da designação de “elemento subjetivo” que consideramos inteiramente desadequada neste âmbito, como se justificará no ponto c) infra.

⁶⁷ Na p. 57 do Relatório final da Ação 6 do B.E.P.S. (Preventing the granting of treaty benefits in inappropriate circumstances, Action 6 – 2015 Final Report), de outubro de 2015.

um dos Estados Contratantes; as etapas a cumprir com vista ao estabelecimento da residência; entre outros).

Um bom exemplo utilizado pelo referido relatório⁶⁸ é o das etapas planeadas com o intuito de que as reuniões do conselho de administração de uma empresa tenham lugar num país diferente com vista a alegar, com base nisso, que a empresa alterou a sua residência (sede relevante) para o país onde as reuniões passaram a ter lugar. Manipular a sua residência consiste num “esquema ou transação” que se consubstancia num meio, o qual leva à obtenção do resultado esperado (o benefício fiscal conferido por determinada C.D.T. a entidades residentes nesse Estado onde as reuniões ocorrem).

Através deste exemplo percebe-se, portanto, que há que verificar-se uma ligação entre o esquema ou transação levado a cabo e o resultado obtido. Essa ligação é transmitida, no texto da norma, pelo excerto *that resulted directly or indirectly in that benefit*.

Do que aqui se está a falar é do nexo de causalidade entre a execução do esquema ou transação e a obtenção do benefício. Tal como já referido, cada um dos elementos isoladamente considerados, de pouco ou nada valem. Além do conjunto global de todos eles, a complementaridade destes dois é determinante para a classificação do comportamento como abusivo.

Esclarece-nos o comentário n.º 8⁶⁹ à regra P.P.T. que a expressão “*that resulted directly or indirectly in that benefit*” é propositadamente ampla e abrangente, uma vez que foi intenção do grupo de trabalho da O.C.D.E. que a desenvolveu incluir situações em que a pessoa que pretende usufruir dos benefícios da C.D.T. em causa o faça através de uma transação que não tenha tido obrigatoriamente em vista - como um dos seus principais objetivos - a obtenção dos ditos benefícios.

A nossa questão neste ponto é se não se estará a pretender ir longe de mais, considerando abuso, no limite e como melhor se explicitará abaixo, meras casualidades. Será que se deve requalificar um comportamento em que não houve uma finalidade abusiva subjacente ao negócio/esquema/transação e em que o facto de tal operação resultar num benefício atribuído numa eventualidade que não foi uma daquelas a que a C.D.T. pretendia aplicar-se, resulta apenas de incapacidade do legislador (no caso os

⁶⁸ *Idem*, p. 57.

⁶⁹ *Idem*, p. 57.

Estados contratantes da Convenção) e não de nenhum intuito de ludibriar subjacente à operação do sujeito passivo?⁷⁰ Somos portanto da opinião de que a enunciação do carácter direto ou indireto da obtenção do benefício ou é perigosa (uma vez que corre o risco de abranger realidades que não configuram verdadeiro abuso) ou é redundante (quando se esteja a referir aos fenómenos de interposição de pessoa para aparentar que quem se prevalece do tratado não é a mesma pessoa que usufrui do benefício, uma vez que é possível abranger esta realidade sem utilizar a dita expressão ambígua), pelo que não traz vantagens e poderia ser eliminada ou, pelo menos, reformulada. Este aspeto cruza-se muito com o da verdadeira substância da conduta e, como tal, será abordado com mais detalhe na alínea d) reservada para o tratamento do elemento chave na definição do abuso: o da existência de artificialidade nas operações.

c) Finalidade do negócio (“elemento subjetivo”)

Num domínio em que não há uma violação direta da norma, em que não se contraria o seu texto mas apenas se contorna o seu “espírito” de modo a obter o mesmo resultado que ela prescreve para as situações que o legislador efetivamente tinha em vista quando a elaborou, a cláusula geral antiabuso que visa combater estes mecanismos tem inevitavelmente que ter em certa linha de conta as motivações que serviram de suporte ao esquema levado a cabo.

⁷⁰ Mesmo o exemplo dado pelo relatório B.E.P.S. nesta matéria (reproduzido infra) não é claro pois o que parece ser em evidência uma operação ludibriadora, em nossa opinião só seria legitimamente requalificada se a transferência do empréstimo para a RCo (ver exemplo abaixo) tivesse como único e exclusivo objetivo o ganho fiscal, ou no máximo que fosse o objetivo evidentemente preponderante sendo todos os outros invocados pelo sujeito passivo claramente marginais face a este principal. Nem na descrição do exemplo nem no seu comentário crítico seguinte estes aspetos são clarificados, dizendo-se, pelo contrário que basta que o ganho fiscal seja uma entre outras finalidades da operação, posição na qual não nos revemos, como melhor aprofundaremos na alínea seguinte. Passamos então a transcrever o exemplo a que aludimos e respetiva análise que o próprio grupo de trabalho da O.C.D.E. dele faz: “TCo, a company resident of State T, has acquired all the shares and debts of SCo, a company resident of State S, that were previously held by SCo’s parent company. These include a loan made to SCo at 4 per cent interest payable on demand. State T does not have a tax convention with State S and, therefore, any interest paid by SCo to TCo is subject to a withholding tax on interest at a rate of 25 per cent in accordance with the domestic law of State S. Under the State R-State S tax convention, however, there is no withholding tax on interest paid by a company resident of a Contracting State and beneficially owned by a company resident of the other State; also, that treaty does not include provisions similar to paragraphs 1 to 6. TCo decides to transfer the loan to RCo, a subsidiary resident of State R, in exchange for three promissory notes payable on demand on which interest is payable at 3.9 per cent.

In this example, whilst RCo is claiming the benefits of the State R-State S treaty with respect to a loan that was entered into for a valid commercial reasons, if the facts of the case show that one of the principal purposes of TCo in transferring its loan to RCo was for RCo to obtain the benefit of the State R-State S treaty, then the provision would apply to deny that benefit as that benefit would result indirectly from the transfer of the loan.” - *Idem*, p. 57.

Estamos de acordo com os autores do Relatório relativo à Ação 6⁷¹ e com a doutrina que defende esta mesma posição⁷² quanto ao facto de as motivações a aferir deverem ser as subjacentes à operação (daí preferirmos a expressão “finalidade do negócio”, em detrimento de “elemento subjetivo”) e não as convicções íntimas do agente; e aferidas em termos puramente objetivos, nunca com base na subjetividade do que vai na vontade e pensamento de cada um, primeiro porque seria um exercício impossível, segundo porque convicções e desejos pessoais não têm relevância jurídica, a não ser quando expressos em factos suscetíveis de preencher previsões normativas.⁷³ Apesar de ser um ponto que já mereceu demorada discussão entre a doutrina, consideramo-lo hoje relativamente ultrapassado pela evidência dos motivos expostos.

O excerto da regra P.P.T. que procura evidenciar este requisito é o que exige que a obtenção do benefício proveniente da C.D.T. tenha que ser um dos principais objetivos do esquema ou transação – *was one of the principal purposes [of any arrangement or transaction]*.⁷⁴

Não nos parece que o facto de, a dada altura, os comentários à P.P.T. referirem que, na análise objetiva a encetar neste domínio devem ser tidos em conta os objetivos de todas as pessoas envolvidas,⁷⁵ contrarie de alguma forma o que acaba de ser dito, não só porque isso entraria em conflito com a análise objetiva assumida como essencial e a

⁷¹ Não só a própria redação da norma evidencia que (i) as finalidades principais a ter em conta devem ser as “do esquema ou transação” (e não as do agente) e que (ii) uma vez que é impossível atribuir, de facto, propósitos ou objetivos à transação, essa atribuição é feita quando seja “razoável concluir, tendo em conta todos os factos e circunstâncias relevantes” que tal motivação se mostrou apta, necessária e indispensável (na nossa interpretação da norma e entendimento quanto ao ónus da prova aqui contido, que não é exatamente coincidente com o dos autores do Relatório B.E.P.S., como se verá em sede própria) à colocação do esquema ou transação em prática, como este mesmo raciocínio é adicionalmente explicitado no comentário n.º 10 à mesma. *Idem*, p. 57.

⁷² Nomeadamente, MICHAEL LANG, “BEPS Action 6: Introducing an Antiabuse Rule in Tax Treaties”, in *Tax Notes International*, 2014, 7, p. 658 (criticando a redação adotada na regra P.P.T. por parecer indicar o contrário); LUC DE BROE, “Tax Treaty and the EU Law aspects of the LOB and PPT provision proposed by BEPS Action 6”, in *Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) Impact for European and international tax policy* (Ed. Robert Danon), 2016, p. 212; ou ERIK PINETZ, “Final Report on Action 6 of the OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Initiative: Prevention of Treaty Abuse”, in *Bulletin for International Taxation*, 2016, 1/2, p. 116.

⁷³ A título de curiosidade, outro exemplo de norma em que é aplicável este raciocínio é atual art. 19.º n.º 1 b) (ii) da C.M.O.C.D.E.

⁷⁴ A título de enriquecimento comparativo e não obstante este instrumento não ser aqui alvo de particular análise, no caso da C.M.O.N.U., embora o respetivo comentário n.º 36 ao art. 1.º se refira à expressão equivalente “a main purpose”, esclarece imediatamente de seguida que “When considering such a provision, some countries may prefer to replace the phrase “a main purpose” by “the main purpose” to make it clear that the provision should only apply to transactions that are, without any doubt, primarily tax-motivated” acolhendo-se portanto neste instrumento a visão pela qual pugnamos, como se verá.

⁷⁵ Quando se refere mais adiante naquele mesmo comentário n.º 10 da p. 57 do Relatório supra citado, que a referida análise objetiva é “... of the aims and objects of all persons involved in putting that arrangement or transaction in place or being a party to it...”.

única possível pelos próprios autores do Relatório, como por estarmos convictos de que a única intenção de tal afirmação – embora expressa com uma redação eventualmente pouco feliz – foi o de chamar a atenção para o facto de deverem ser tidas em conta todas as condutas envolvidas no esquema, levadas a cabo pelos diversos intervenientes, e respetivas razões subjacentes às mesmas. É precisamente por esse motivo que a própria cláusula tem a preocupação de exigir que, para que se conclua pelo caráter de “motivação principal” - é necessário que se tire uma conclusão razoável nesse sentido, tendo em consideração todos os factos e circunstâncias relevantes – *if it is reasonable to conclude, having regard to all relevant facts and circumstances (...)*.⁷⁶ Como explica o próprio Relatório, o que se entende por “objetivos do esquema ou transação” é uma questão de facto, a qual só pode ser respondida considerando todas as circunstâncias envolventes do esquema, numa base casuística.

De facto, concordamos com que a “finalidade do negócio” deva ser apurada de forma objetiva por um lado e casuística por outro, pois são as melhores vias de imprimir rigor e assegurar justiça na análise das situações de abuso - aliás nem poderia ser de outra maneira o funcionamento de uma C.G.A.A. tão onerosa e imprevisível para o contribuinte.

O que não acompanhamos – e é precisamente pelo que acaba de ser dito que nos surpreende a leviandade da redação da norma neste sentido – é o facto de a norma se contentar com que a finalidade abusiva possa ser apenas uma entre as principais, não exigindo que a Autoridade Tributária em causa prove que se trata da única ou pelo menos claramente preponderante finalidade.⁷⁷

Este é um dos pontos em que mais nos afastamos do entendimento expresso pela O.C.D.E. nos comentários ao relatório correspondente à Ação 6. No entender do referido grupo de trabalho, a obtenção do benefício derivado da C.D.T. não necessita de ser a única nem mesmo a preponderante finalidade do esquema ou transação, basta que se conte como uma entre as principais.⁷⁸

⁷⁶ Expressão que pode ter alguma vantagem neste contexto mas que será adiante criticada numa sua outra dimensão interpretativa (designadamente na sua relação com a matéria do ónus da prova), como se verá.

⁷⁷ Aliás, no entender de PHILIP BAKER, apesar de a P.P.T. ser “inspirada” em normas habitualmente utilizadas pelo Reino Unido nos seus tratados fiscais, estas utilizavam a formulação “main purpose” ao invés de “principal purpose” e também o Autor manifesta a preferência em que tivesse sido seguido o primeiro modelo – v. o artigo do Autor “The BEPS Action Plan in the Light of EU Law: Treaty Abuse”, in *British Tax Review*, 2015, 3, p. 408.

⁷⁸ “The reference to «one of the principal purposes» in paragraph 7 means that obtaining the benefit under a tax convention need not be the sole or dominant purpose of a particular arrangement or transaction. It is

Aquilo em que discordamos, a este respeito, dos autores do Relatório da Ação 6 do B.E.P.S. não é na forma de aferir a finalidade do negócio (inquestionavelmente por via objetiva e fáctica, como se viu) mas na própria qualificação do que seja a finalidade do negócio e na suficiência do conteúdo que emprestam a este requisito. Apresentamos bastantes reservas ao facto de entenderem como suficiente, para que exista abuso, que a obtenção dos benefícios resultantes do tratado seja uma entre várias possíveis finalidades principais do negócio que veicula o potencial abuso, não tendo sequer que se apresentar como o objetivo dominante.

É verdade que o elemento literal continua a ser um dos mais importantes na interpretação de qualquer norma, sendo portanto verdade, também, que não há muito por onde “fugir” da redação que consagrou a expressão “uma das finalidades principais” e não “a finalidade principal ou preponderante”. É verdade também que não estamos em total desacordo quanto à ideia de que, para se punir o abuso, a obtenção do benefício não tenha que ser a única e exclusiva motivação e finalidade do comportamento do agente. No entanto, não podemos deixar de ser de opinião de que tal finalidade, entre as várias existentes, tenha que ser a mais significativa, a mais importante para o agente, não numa perspetiva subjetiva, insista-se, mas sim verificando-se objetivamente que é tendo em vista essa finalidade que ele mais tem a ganhar. A poupança fiscal é sempre um dado a equacionar em qualquer investimento, trata-se de uma preocupação normal e até desejável para a promoção da saúde dos negócios e da economia em geral.⁷⁹ A mesma só se torna censurável se, além de exclusivo ou absolutamente preponderante o critério de investimento (elemento finalístico) se revelar artificial face à norma de que se está a aproveitar para obter tal poupança (elemento normativo – analisado de seguida).

É ainda importante notar que, numa interpretação literal da regra P.P.T., além de o contribuinte estar impedido, em primeira linha, de se precaver da aplicação da regra demonstrando que a transação foi motivada por importantes ou principais motivações não fiscais, está, além disso, também impedido de demonstrar que foi motivada por

sufficient that at least one of the principal purposes was to obtain the benefit.” – comentário n.º 12, p. 58 do Relatório final da Ação 6 do B.E.P.S. (Preventing the granting of treaty benefits in inappropriate circumstances, Action 6 – 2015 Final Report), de outubro de 2015.

⁷⁹ Neste sentido, ERIC KEMMEREN, “Where is EU Law in the OECD BEPS Discussion?”, in *EC Tax Review*, 2014, 4, ao dizer que “it should be noted that not all treaty shopping should be classified as abuse. If a company must make an investment decision, sound entrepreneurship requires to take also into account taxes as one of the ordinary expenses. (...) In substance, this is also a case of treaty shopping but I do not see why obtaining the tax treaty benefits concerned should be classified as abuse.” (p. 191).

importantes ou principais benefícios fiscais concedidos por outra fonte legal que não a C.D.T. (legislação interna, da U.E. ou mesmo de outra C.D.T.). Qualquer uma dessas justificações se torna irrelevante uma vez que todas são tidas como igualmente “principais”. Não é aceitável que sejam negados benefícios da C.D.T. apenas porque a sua obtenção figurou entre os (principais) motivos para a transação se o contribuinte lograr demonstrar que importantes motivações de índole económica, por exemplo, estiveram também na base da sua decisão com o mesmo nível de importância.⁸⁰

Acompanhamos, portanto, a doutrina que denuncia que a vagueza⁸¹ deste segmento da norma – espelhada, designadamente, no facto de ser indecifrável qual o critério a aplicar para distinguir entre objetivos principais e secundários, bem como entre os próprios objetivos principais mais importantes e menos importantes, se é que isso é relevante no raciocínio B.E.P.S. – pode levar, entre outras, ao risco de os diferentes tribunais nacionais fazerem diferentes interpretações da norma.⁸²

A única salvaguarda a este raciocínio B.E.P.S. que consideramos juridicamente “perigoso” chega-nos por via de comentário,⁸³ quando os autores reconhecem que não deve, contudo, assumir-se automaticamente que a obtenção de um benefício ao abrigo de uma C.D.T. foi uma das principais finalidades do esquema ou transação levado a cabo e que a mera observação dos efeitos de um esquema geralmente não é suficiente para concluir nesse sentido. Apenas quando a única maneira razoável de justificar a existência do dito esquema é a obtenção do benefício concedido pela C.D.T. pode concluir-se que a obtenção desse benefício foi, efetivamente, uma das principais finalidades do esquema ou transação.

Não sendo completamente satisfatório, este comentário já seria uma grande ajuda na reposição de alguma justiça na avaliação dos casos de abuso, não fosse o contratempo

⁸⁰ LUC DE BROE, “Tax Treaty and the EU Law aspects of the LOB and PPT provision proposed by BEPS Action 6”, in *Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) Impact for European and international tax policy* (Ed. Robert Danon), 2016, pp. 209 e 210.

⁸¹ Sobre os problemas subjacentes à interpretação de conceitos vagos e indeterminados no Direito Fiscal Europeu v. BRUNO PEETERS, “European Supervision on the Use of Vague and Undetermined Concepts in Tax Laws”, in *EC Tax Review*, 2013, 3.

⁸² MICHAEL LANG, “BEPS Action 6: Introducing an Antiabuse Rule in Tax Treaties”, in *Tax Notes International*, 2014, 7, pp. 659 e 660; e BRUNO DA SILVA, “Reconsidering the Application and Interpretation of Anti-treaty Shopping Rules in the Context of Developing Countries”, in *Intertax*, 2016, 3, p. 240.

⁸³ Trata-se da última parte do comentário n.º 10 à regra P.P.T., presente na p. 58 do Relatório final da Ação 6 do B.E.P.S. (Preventing the granting of *treaty benefits in inappropriate circumstances*, Action 6 – 2015 Final Report), de outubro de 2015.

de ele não ter o mínimo de correspondência no texto da norma⁸⁴ que diz apenas que a obtenção do benefício tem que ser uma das finalidades principais do esquema ou transação, não referindo em parte alguma a exigência de que a única maneira razoável de justificar a existência do dito esquema seja a obtenção do benefício. Apesar da similitude das palavras, são exercícios muito diferentes e não tememos em afirmar até que nos parece que o próprio relatório B.E.P.S. entra em contradição neste aspeto, entre a redação da norma e o sentido de alguns dos seus comentários, em contraposição com o sentido deste último agora analisado.⁸⁵

d) Artificialidade (“elemento normativo”)

Embora possa parecer um termo muito vago e de difícil concretização, na verdade aquilo a que nos estamos a referir quando determinamos a exigência de que a conduta seja “artificial” para que possa ser classificada como abusiva, é, no fundo, ao preenchimento do tradicional “elemento normativo” que tem sido já amiúde explorado pela doutrina.

Como se constatou na parte introdutória da dissertação (ponto 2.3), para que esteja preenchido o elemento normativo que integra as C.G.A.A.s é necessário que a conduta do agente e o resultado a que este chega cumpram formalmente o texto da norma da qual pretendem prevalecer-se, mas materialmente não consistam no leque de situações para as quais a sua aplicação foi pensada pelo legislador, incumpram o seu “espírito” como vulgarmente designado.

⁸⁴ E, como diz MICHAEL LANG em “BEPS Action 6: Introducing an Antiabuse Rule in Tax Treaties”, in *Tax Notes International*, 2014, 7, p. 660, “at the end of the day, the tax administrations and the courts will be applying the rule, not de OECD commentary”, e como dizem PAULO AYRES BARRETO & CAIO AUGUSTO TAKANO em “The Prevention of Tax Treaty Abuse in the BEPS Action 6: A Brazilian Perspective”, in *Intertax*, 2015, 12, p. 835, “Moreover, if the Commentary contradicts a treaty rule itself, it is most likely to – and correctly should – be ignored.”

⁸⁵ Sendo que, já no comentário 9.5 ao atual art. 1.º do M.C.O.C.D.E. se falava de “a main purpose” ao invés de “the main purpose”. Existe algum debate doutrinário em torno da questão de se considerar que as preocupações em torno do fenómeno do *treaty shopping* vertidas no novo *Article X (Entitlement to Benefits)* já constavam integralmente daquele comentário e de outros do mesmo género, tratando-se o novo artigo de uma mera descolação sistemática dos comentários para o texto do modelo (posição, por ex., de KARADKAR) ou considerar antes que se trata de uma regra diferente, designadamente mais restritiva no caso da P.P.T. (posição, por ex., de BROE & LUTS) – v. RADHIKA KARADKAR, “Action 6 of the OECD/G20 BEPS Initiative: The Effect on Holding Companies”, in *Bulletin for International Taxation*, 2017, 3/4, p. 18. Parecem, no entanto, existir indicações no próprio texto do Relatório da Ação 6 no sentido da primeira opção quando, na sua p. 55, no par. 1 dos comentários à regra P.P.T., se refere que “Paragraph 7 mirrors the guidance in paragraphs 9.5, 22, 22.1 and 22.2 of the Commentary on Article 1.”

A tarefa mais difícil para o legislador que constrói uma C.G.A.A. é a de descobrir como refletir no texto desse mecanismo legal este requisito da contrariedade com o “espírito” da norma da forma mais clara e objetiva possível, sendo a nosso ver forçado a garantir um mínimo de inteligibilidade à disposição e de previsibilidade das situações às quais se aplica, caso contrário pecaria por falta de segurança jurídica e poderia até potenciar avaliações injustas, reputando certas situações como abusivas que na realidade não o fossem efetivamente.⁸⁶ É nosso entendimento que só é possível assegurar essa preocupação se houver, no texto da C.G.A.A., qualquer elemento que exija a verificação da artificialidade da conduta⁸⁷ - no fundo, a única forma de verificar se se preenche o elemento normativo ou seja, se o comportamento do sujeito passivo revela uma contrariedade entre o elemento literal da norma (que preenche) e o elemento teleológico da mesma (do qual se desvia), se se revela antijurídico embora não ilegal.

Bem sabemos que “artificialidade” é um conceito indeterminado. Embora sejamos apologistas da maior clareza possível em normas desfavoráveis ao contribuinte de modo a que a respetiva interpretação goze de máxima segurança jurídica, estamos conscientes de que não cabe ao legislador concretizar conceitos indeterminados no texto das normas. No entanto, não podemos deixar de considerar indispensável, que exista pelo menos uma referência a este requisito da verificação de artificialidade nas condutas para que possam ser consideradas abusivas. Não tem que se utilizar obrigatoriamente o termo “condutas artificiais”, pode utilizar-se qualquer sinónimo ou equivalente como “condutas não genuínas”,⁸⁸ levadas a cabo por via de “meios artificiosos”⁸⁹ ou não sustentadas por “razões comerciais válidas” (representando esta fórmula já uma das concretizações possíveis do conceito de artificialidade)⁹⁰ enfim, alguma referência à exigência de não correspondência entre a substância e a forma.

⁸⁶ DAVID FERNANDES & KERRIE SADIQ, “A Principled Framework for Assessing General Anti-Avoidance Regimes”, in *British Tax Review*, 2016, 2, p. 173, apontam mesmo a “certainty” como um dos cinco princípios estruturantes para a avaliação de qualquer C.G.A.A. a nível universal (sendo os restantes quatro: “purposive and objective interpretation; proactive stance; discretion; (...) and ability to alter liability”).

⁸⁷ Exigência reconhecida não só a nível europeu, como se verá, mas mesmo a nível global como se constata através das palavras de DAVID FERNANDES & KERRIE SADIQ, *Idem*, p. 174 quando mencionam que “a GAAR is a plausible and feasible tool which can be used to address the artificiality of tax avoidance schemes and to ensure that the spirit of the law is adhered to.”

⁸⁸ Fórmula utilizada pela nova “C.G.A.A. europeia” no art. 6.º, n.º 1 da Diretiva (EU) 2016/1164 do Conselho, de 12 de julho de 2016 (A.T.A.D.) como se verá no capítulo competente.

⁸⁹ Fórmula utilizada pela C.G.A.A. portuguesa no art. 38.º, n.º 2 da L.G.T..

⁹⁰ Fórmula sugerida pelo próprio Relatório final da Ação 6 do B.E.P.S. (Preventing the granting of treaty benefits in inappropriate circumstances, Action 6 – 2015 Final Report), de outubro de 2015 na sua pág. 57 mas não refletida na redação da regra P.P.T. e utilizada também – aqui de forma oportuna como se

É precisamente neste aspeto que encontramos mais deficiências no âmbito da regra P.P.T. proposta pela Ação 6 do B.E.P.S.. Não se consegue decifrar no texto da norma – sem apoio nos comentários – uma referência à necessidade de cumprimento do requisito de que a conduta seja tida como artificial para que possa ser considerada censurável.

Pelo contrário, toda a norma está construída no sentido de considerar quase automaticamente abusivo qualquer comportamento que tenha como uma das suas finalidades principais a obtenção dos benefícios concedidos pela C.D.T. em causa, apresentando, portanto, este requisito forte conexão com o acabado de analisar (“finalidade do negócio”).

Todas as críticas já tecidas a esta redação tornam-se ainda mais veementes quando ela se consubstancia numa espécie de presunção de que, sendo uma das principais finalidades do agente a obtenção do benefício, praticamente está a sentença ditada de classificação como comportamento abusivo não existindo qualquer elemento intermédio a preencher – um necessário conceito de artificialidade,⁹¹ como se disse – para determinar tal classificação. Apenas na parte final da norma se estabelece uma aparente salvaguarda: tudo isso será assim (classificação quase automática da conduta como abusiva) a menos que se prove que a concessão do benefício, nas circunstâncias em que ocorreu, possa estar de acordo com o objeto e finalidade⁹² das disposições relevantes da C.D.T. em causa – *unless it is established that granting that benefit in these circumstances would be in accordance with the object and purpose of the relevant provisions of this Convention*. Ora, a nosso ver, a construção deste setor da disposição apresenta dois problemas essenciais: a técnica legislativa utilizada e a redação escolhida.

Quanto à técnica legislativa utilizada, como acaba de ser dito, parece-nos que a construção da cláusula é favorável a que, preliminarmente e como via de regra se tomem como abusivos todos os comportamentos que contem, entre os seus principais

verá – no n.º 2 da “C.G.A.A. europeia” (art. 6.º da A.T.A.D.) enquanto concretização do conceito de artificialidade ou contributo para a sua densificação.

⁹¹ Precisamente neste sentido vai OLEKSANDR KORIAK, no seu artigo “The Principal Purpose Test under BEPS Action 6: Is the OECD Proposal Compliant with EU Law?”, in *European Taxation*, 2016, 12, p. 558, ao dizer que “Neither the rule itself nor the Proposed Commentary refers to “genuine activities” or the “economic reality” of the arrangement. Ultimately, this leads to a situation in which less than wholly artificial arrangements will fall under the scope of the PPT rule.”

⁹² Acerca das eventuais fronteiras ou distinções entre as definições dos dois termos, v. ISABELLE BUFFARD & KARL ZEMANEK, “The ‘Object and Purpose’ of a Treaty: An Enigma?”, in *Austrian Review of International & European Law*, 3, 1998, pp. 311 a 343 e FRANK ENGELN, *Interpretation of Tax Treaties under International Law*, 2004, p. 175.

objetivos, o de obter um benefício do tratado; só se desconsiderando isto - que parece consistir numa pura presunção de abuso - se se vier a provar, como dito acima, que a concessão do benefício nas circunstâncias em que ocorreu, pode estar de acordo com o objeto e finalidade das disposições relevantes da C.D.T. em causa.

Caso este excerto (“objeto e finalidade”) tenha apenas por finalidade dar aos destinatários indicações sobre a interpretação da norma, é redundante⁹³ face à norma contida no n.º 1 do art. 31.º da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados,⁹⁴ caso tenha – como parece – o intuito de acrescentar conteúdo à norma, tendo a pretensão de funcionar mesmo como um seu requisito então sofre, entre outros, deste problema de redação e sistemática.

Esta atípica e, a nosso ver, equívoca construção normativa, não teria tanta gravidade se não induzisse o intérprete em erro sobre uma matéria tão delicada quanto a do ónus da prova.⁹⁵ Além de a própria redação utilizada na norma não clarificar esta questão (o termo “unless it is established” utiliza o verbo na forma impessoal, o equivalente a “a não ser que se estabeleça/prove” ou “que fique estabelecido/provado”, sendo difícil identificar a quem o legislador pretendeu incumbir esta tarefa de estabelecer ou provar), os comentários vêm demonstrar que esta sensação com que ficamos, de estarmos perante uma presunção (mecanismo jurídico que inverte o ónus da prova) – embora obviamente elidível – não é apenas “impressão nossa”. A dada altura do comentário n.º 10⁹⁶, sublinha-se que não é necessária a existência de uma prova conclusiva sobre a

⁹³ Neste sentido v. MICHAEL LANG, “BEPS Action 6: Introducing an Antiabuse Rule in Tax Treaties”, in *Tax Notes International*, 2014, 7, p. 661 e em sentido contrário v. REINOUT KOK, “The Principal Purpose Test in Tax Treaties under BEPS 6”, in *Intertax*, 2016, 5, p. 408 e ERIK PINETZ, “Final Report on Action 6 of the OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Initiative: Prevention of Treaty Abuse”, in *Bulletin for International Taxation*, 2016, 1/2, p. 117.

⁹⁴ Que tem a seguinte redação:

Artigo 31.º

Regra geral de interpretação

1 - Um tratado deve ser interpretado de boa fé, de acordo com o sentido comum a atribuir aos termos do tratado no seu contexto e à luz dos respectivos objecto e fim.

2. (...).

⁹⁵ Uma nota apenas para frisar que, no que toca à *Regra Geral Antielisão baseada numa Avaliação do Objetivo Principal presente no ponto 3 da Recomendação (UE) 2016/136 da Comissão de 28 de janeiro de 2016 relativa à aplicação de medidas contra práticas abusivas em matéria de convenções fiscais* (que não está a ser diretamente alvo de análise pelos motivos já expostos), apesar da aparente similitude de redação que apresenta com a regra P.P.T. da Ação 6 do B.E.P.S. não sofre, a nosso ver, deste problema de inversão do ónus da prova uma vez que conta com um conceito de artificialidade que tem necessidade de ser preenchido para que a norma seja aplicável e, assim, não permite que se forme uma presunção de funcionamento automático.

⁹⁶ Pp. 57 e 58 do Relatório final da Ação 6 do B.E.P.S. (Preventing the granting of *treaty benefits in inappropriate circumstances, Action 6 – 2015 Final Report*), de outubro de 2015.

intenção da pessoa⁹⁷ ao promover o esquema ou transação, bastando apenas que seja razoável concluir, após uma análise objetiva dos factos e circunstâncias relevantes, que um dos principais objetivos do esquema ou transação foi o de obter os benefícios da convenção fiscal. O facto de objetivizar a análise é meritório, mas a indicação de que basta que seja razoável concluir, sem ser necessário provar, parece demonstrar uma enorme facilidade por parte das Autoridades Tributárias em classificar o comportamento como abusivo, preenchendo a “presunção” praticamente sem necessidade de prova mas apenas com uma demonstração suficiente de causa-efeito.⁹⁸ Referindo-se logo, de seguida, no comentário n.º 11, que “uma pessoa” – o que não pode deixar de estar a referir-se à pessoa/entidade visada pela norma, cuja conduta está em causa para a aferição do abuso – não conseguirá evitar a aplicação da norma, afirmado meramente que o esquema ou transação não foi levado a cabo para obter os benefícios da Convenção, o que equivale a dizer que tem que ser esta “pessoa” a prová-lo. Toda a prova deve ser ponderada com vista a determinar se é razoável concluir que um esquema ou transação foi levado a cabo com essa finalidade.

Só nas regras tipo presunção é que quem “acusa” tem menos encargos em termos probatórios do que quem “é acusado” e só nesse tipo de regras o “acusado” é forçado a

⁹⁷ Como vimos, em nosso entender, trata-se da intenção subjacente ao negócio e não a convicção íntima da pessoa, até por motivos de possibilidade de prova.

⁹⁸ No mesmo sentido, MICHAEL LANG, “BEPS Action 6: Introducing an Antiabuse Rule in Tax Treaties”, in *Tax Notes International*, 2014, 7, pp. 658 e 659, ao dizer que “it must be merely «reasonable» but not, for instance, compelling. Therefore, the tax authority does not need to produce full evidence thereof. (...) The bias in favor of the tax authority, however, is fairly obvious, a fact that was also critically commented in several statements submitted to the OECD. In practice, furnishing evidence of the motives will therefore not be relevant, but tax authorities will be tempted to presume intention simply because of the presence of a benefit.”; PAULO AYRES BARRETO & CAIO AUGUSTO TAKANO, “The Prevention of Tax Treaty Abuse in the BEPS Action 6: A Brazilian Perspective”, in *Intertax*, 2015, 12, p. 835 ao afirmarem que “Furthermore, the principal-purpose test alters the division of the burden of proof regarding treaty abuse. From a formal perspective, tax authorities are still obliged under paragraph 7 to prove the presence of the subjective element in a particular situation, yet it suffices that the tax authorities prove that it is ‘reasonable to conclude’ that such (inner) motives are present. The threshold is set extremely low, as it is not required that the tax authorities ‘find conclusive proof’ – pursuant to the commentary on the proposed entitlement-to-benefits provision – that obtaining a treaty benefit was (at least) one of the principal-purposes of the taxpayer. On the other hand, the same is not true from a taxpayer perspective, as it is up to the taxpayer to ‘establish’ that obtaining the benefit under such circumstances would be in accordance with the object and purpose of the treaty”; LUC DE BROE, “Tax Treaty and the EU Law aspects of the LOB and PPT provision proposed by BEPS Action 6”, in *Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) Impact for European and international tax policy* (Ed. Robert Danon), 2016, pp. 238 e 239 ao referir que “by using an extremely low evidential standard in that respect (making it “reasonable to conclude”), the burden of proof is almost entirely shifted to the taxpayer”; ERIK PINETZ, “Final Report on Action 6 of the OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Initiative: Prevention of Treaty Abuse”, in *Bulletin for International Taxation*, 2016, 1/2, pp. 116 e 117 ao dizer que “While it is sufficient that the tax authorities reasonably conclude that obtaining the benefit is one of the principal purposes of the structure in question, the taxpayer must prove that the requirements for the exception are established. In other words, the burden of proof rests solely with the taxpayer and imposes a high threshold”; entre outros.

apresentar prova em sua defesa sem que quem “acusa” tenha prova suficiente contra si, precisamente porque ocorre uma inversão do ónus da prova.⁹⁹

Ora, aquilo que estudámos e que consideramos também como o correto, é que estes mecanismos presuntivos só são aplicáveis a regras especiais antiabuso, em que o legislador já identificou o comportamento típico e em que já tem legitimidade suficiente para reputá-lo, à partida, como abusivo – dada a perenidade das circunstâncias em que se tem verificado – passando para o sujeito passivo visado o ónus de provar o contrário, uma vez que muitas condicionantes fácticas e jurídicas jogam em seu desfavor.

O mesmo não pode acontecer com cláusulas gerais antiabuso em que a redação deve ser especialmente cautelosa precisamente com vista a evitar abarcar comportamentos que possam aparentar ser abusivos mas na realidade não o sejam, por alguma ordem de razões. O legislador ainda não traçou uma linha padrão de comportamentos que o legitime a determinar que são abusivos, sem mais, “passando a bola” ao contribuinte para provar o contrário. A “conduta em que um dos principais objetivos é obter um benefício do tratado” não está suficientemente densificada para estabelecer, por princípio, que todos os comportamentos que ali se encaixem são abusivos. É uma técnica legislativa carente de toda a segurança jurídica e, por isso, reprovável.

Com isto não queremos necessariamente significar que a intenção do grupo de trabalho da O.C.D.E. na redação desta norma e na introdução dos referidos comentários fosse efetivamente o de configurar aqui uma presunção.¹⁰⁰ Isso não é dito expressamente para a regra P.P.T. ao longo do relatório e não afirmamos categoricamente que fosse esse o intuito do movimento B.E.P.S.. A verdade é, no entanto, que a redação proposta dá margem para este tipo de interpretação. Somos, portanto, desfavoráveis, a um tipo de redação e construção da norma que venha suscitar

⁹⁹ Acompanhamos, portanto, MICHAEL LANG quando, no seu artigo “BEPS Action 6: Introducing an Antiabuse Rule in Tax Treaties”, in *Tax Notes International*, 2014, 7, p. 660, dá a entender que a P.P.T. é muito mais exigente para a demonstração da não existência de abuso (oportunidade do contribuinte para elidir a espécie de presunção que parece recair sobre ele) do que para a demonstração da sua existência quando refere que “While for the subjective criterion it suffices if it is ‘reasonable to conclude,’ an exception can only apply if the requirements for it are ‘established.’ Here, the bias in favor of the tax authorities is downright palpable. Many of the statements submitted to the OECD even expressed the concern that the burden of proof would rest exclusively with the taxpayer.”

¹⁰⁰ Embora haja muita doutrina que, tal como nós, extrai esta interpretação do Relatório da Ação 6. V., por exemplo, além de todos os autores supra citados no contexto deste assunto, CHRISTIANA HJI PANAYI, “The Compatibility of the OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Proposals with EU Law”, in *Bulletin for International Taxation*, 2016, 1/2, p. 109 ou LUC DE BROE, “Tax Treaty and the EU Law aspects of the LOB and PPT provision proposed by BEPS Action 6”, in *Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) Impact for European and international tax policy* (Ed. Robert Danon), 2016, pp. 215 e 216.

insegurança no tráfego jurídico e retirar legitimidade e credibilidade ao legislador, dada a arbitrariedade com que legislou.

Um outro problema de redação desta parte final da norma em que o grupo de trabalho B.E.P.S. parece querer introduzir o elemento normativo é o de dizer que aquilo que “salva” a conduta da sua classificação como abusiva será o facto de ela ir, afinal, de encontro ao objetivo das disposições relevantes da convenção em causa.

Mais uma vez somos mais exigentes do que o B.E.P.S. na interpretação do que seja o abuso,¹⁰¹ dado que consideramos que a função do legislador é reprimir apenas comportamentos em cujo autor efetivamente promoveu – intencionalmente¹⁰² – o prejuízo para o tráfego jurídico e não meras coincidências, que é o que pode acontecer com aquele tipo de redação. Para que o abuso seja descaracterizado, não tem que se constatar que afinal a conduta vai plenamente de encontro ao objeto e objetivo da norma potencialmente contornada (neste caso as normas relevantes da C.D.T.), apenas que a dita conduta não é artificial face àquela norma, ou seja que houve razões genuínas, razões comerciais ou qualquer critério válido que se queira adotar para demonstrar que a conduta não foi artificial. E a não artificialidade não depende, como se disse, da coincidência com o objetivo da norma circundada – se fosse esse o caso haveria muito pouca margem para descaracterizar o abuso, tomado como presumido na regra P.P.T. quase sempre, como se viu – mas de qualquer motivo que demonstre que a intenção do negócio não foi ludibriar o legislador mas sim tomar alguma opção comercial que lhe fosse vantajosa.

Voltando ao exemplo – utilizado acima, na nota n.º 70, a propósito da discussão sobre a suficiência do requisito “um dos principais objetivos” - fornecido pelo próprio texto do relatório da Ação 6¹⁰³ que consistia em a TCo, uma empresa residente no Estado T, ter adquirido todas as ações e obrigações da SCo, uma empresa residente no Estado S, sendo que esta última era anteriormente detida pela sociedade mãe da SCo. Tal aquisição inclui um crédito contraído pela SCo, com juros a 4% pagáveis à ordem. O Estado T não tem Convenção Fiscal com o Estado S e, portanto, todo e qualquer juro

¹⁰¹ No mesmo sentido vai LUC DE BROE, “Tax Treaty and the EU Law aspects of the LOB and PPT provision proposed by BEPS Action 6”, in *Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) Impact for European and international tax policy* (Ed. Robert Danon), 2016, p. 247 ao referir que “the proposed PPT lowers the abuse threshold to an unacceptable level.”

¹⁰² Intenção essa, como vimos, apurada de modo objetivo e por referência ao enquadramento do negócio e não às motivações íntimas do agente (v. ponto 3.2.1.1 c) supra).

¹⁰³ Na p. 57 do Relatório final da Ação 6 do B.E.P.S. (Preventing the granting of treaty benefits in inappropriate circumstances, Action 6 – 2015 Final Report), de outubro de 2015.

pago pela SCo à TCo está sujeito a retenção na fonte sobre o juro a uma taxa de 25%, de acordo com a legislação interna do Estado S. Ao abrigo da Convenção Fiscal existente entre o Estado R e o Estado S, contudo, não existe retenção na fonte sobre os juros pagos por uma empresa residente num Estado Contratante cujo beneficiário efetivo seja uma empresa residente no outro Estado; além disso, tal Convenção tampouco contém disposições similares às da nova cláusula (*Article X – Entitlement to Benefits*) sugerida pela Ação 6 do B.E.P.S.. A TCo decide transferir o crédito para a RCo, uma afiliada residente no Estado R, em troca de três letras pagáveis à ordem com um juro de 3,9%.

No comentário a este exemplo, é o próprio Relatório B.E.P.S. a referir¹⁰⁴ clara e indubitavelmente que embora a RCo esteja a reclamar que lhe sejam aplicáveis os benefícios resultantes da Convenção entre o Estado R e o Estado S relativamente a um empréstimo/crédito contraído por razões comerciais válidas, se os factos do caso demonstrarem que uma das finalidades principais da TCo em transferir o seu empréstimo/crédito foi a de a RCo obter o benefício da Convenção entre o Estado R e o Estado S, a regra P.P.T. aplicar-se-ia com vista a negar esse benefício, dado que esse benefício resultaria indiretamente da transferência do empréstimo/crédito. Aqui eliminamos qualquer dúvida de que o grupo de trabalho B.E.P.S., embora tenha presente o requisito da artificialidade – que densifica através do conceito “razões comerciais válidas” - não lhe atribui peso suficiente para descaracterizar o abuso na grande maioria dos casos. Não podemos concordar com este raciocínio: se há razões comerciais válidas (não foi sequer explorado no caso se havia ou não) e se elas são sindicáveis, não é por haver também motivos de poupança fiscal para a tomada de decisão comercial que ela deve ser recharacterizada de modo a pagar todos os impostos que pagaria numa situação “normal” pois o legislador só pode legislar para o futuro e não “apanhar de surpresa” situações que, de facto, não violam a lei (se for este o caso).¹⁰⁵

¹⁰⁴ *Idem*, p. 57.

¹⁰⁵ No mesmo sentido, PAULO AYRES BARRETO & CAIO AUGUSTO TAKANO, “The Prevention of Tax Treaty Abuse in the BEPS Action 6: A Brazilian Perspective”, in *Intertax*, 2015, 12, pp. 828 e ss., ao dizerem que “it seems that the effective attraction of technology and foreign investment to a country which grants the benefits of a tax treaty to a person that (i) is not entitled to such benefits and (ii) indirectly obtains such benefits through the use of a genuine and productive entity (which would otherwise qualify as a resident of one of the contracting states), is not contrary to the objectives and purposes of income tax treaties and thus should not be regarded as an abuse (‘improper use’) of the particular treaty.” (...) “The ‘improper use of tax treaties’ cannot be used as a blank cheque to justify any recharacterization of a taxpayer’s activities. In conclusion, business structures of taxpayers the factual

Se já se encontra amplamente esclarecido que operações com intuito puramente abusivo não conflituam com a proteção constitucional conferida à segurança jurídica e às legítimas expectativas uma vez que nestes casos, sendo a conduta completamente abusiva como se disse, não existem, de facto, as ditas expectativas a proteger nem qualquer segurança jurídica posta em causa, consideramos, no entanto, que estender a perseguição do “abuso” a situações em que comprovadamente existiram – também - razões comerciais válidas para a operação, afigura-se claramente excessivo.

Sendo extremamente difícil ou quase impossível provar a intenção elisiva num contexto em que ocorrem outras razões comerciais válidas fácil e objetivamente comprováveis, atrevemo-nos mesmo a dizer que ainda que a intenção elisiva fosse provada em casos como esse, o legislador (ou, neste caso, os Estados contratantes que deram conteúdo à C.D.T.) não tem legitimidade para, *a posteriori*, vir requalificar um comportamento que não teve a capacidade de prever e de positivar antecipadamente, descrevendo-o numa previsão e atribuindo-lhe uma estatuição – antes de ele acontecer – como manda a boa técnica jurídica e a proteção dos direitos fundamentais. Se falhou nesse aspeto, terá então oportunidade de criar, daí para diante, uma norma especial antiabuso que preveja tal situação e garanta que ela não se repete.

Cláusulas gerais antiabuso são realmente úteis e vantajosas mas só são legítimas quando cumpram todos os requisitos de legalidade que lhes são impostos, designadamente o da previsibilidade, que neste protótipo de regra P.P.T. claramente está em falta.¹⁰⁶ Era exigível que uma norma deste tipo, no mínimo, enunciasse um critério de apuramento da artificialidade da conduta, como o de “razões comerciais válidas”, que o próprio B.E.P.S. enuncia por vezes (mas não positiva em norma) e que, parecendo um conceito indeterminado e vago – que é – se não trouxesse muita clareza ao intérprete, traria pelo menos a certeza de que não corria o risco de ver a sua fatura fiscal toda reequacionada, pagando impostos com os quais não contava, meramente porque –

existence of which can be confirmed, cannot be regarded as an ‘improper use of tax treaties’, even if arranged so as to obtain the benefits of a particular treaty.”

¹⁰⁶ É importante nunca perder de vista que “Notwithstanding the praiseworthy efforts of the OECD to prevent the improper (‘abusive’) use of tax treaties, it is mandatory to seek a point of convergence in this context which reconciles (i) the interests of tax administrations of OECD member countries, which are conducting studies and implementing the BEPS Action Plan, as well (ii) the interests of taxpayers, which demand legal certainty when structuring their business activities, in order to accurately define limits on international tax avoidance practices, particularly those that rely on rules contained in tax treaties.” - PAULO AYRES BARRETO & CAIO AUGUSTO TAKANO em “The Prevention of Tax Treaty Abuse in the BEPS Action 6: A Brazilian Perspective”, in *Intertax*, 2015, 12, p. 826.

coincidência ou não – o negócio que celebrou, objetivamente ficou sujeito a menor carga tributária do que aqueles para os quais a norma foi pensada.

Na verdade, o único sítio onde se “salva” esta infeliz redação é em sede de comentários que vêm reconhecer implicitamente a necessidade de existência de artificialidade ao dizer, por exemplo, que “The provision is intended to ensure that tax conventions apply in accordance with the purpose for which they were entered into, i.e. to provide benefits in respect of *bona fide* exchanges of goods and services, and movements of capital and persons as opposed to arrangements whose principal objective is to secure a more favourable tax treatment”¹⁰⁷ e que “where an arrangement is inextricably linked to a core commercial activity, and its form has not been driven by considerations of obtaining a benefit, it is unlikely that its principal purpose will be considered to be to obtain that benefit.”¹⁰⁸

Embora não demonstrem uma clareza evidente quanto à dita exigência da presença do requisito da artificialidade para que o comportamento possa ser reputado abusivo, parecem tentar explicar que os casos a que a regra P.P.T. se dirige são aqueles que não apresentam uma base negocial em que se promovam vantagens em trocas negociais de boa fé (não meramente com o intuito de ludibriar). Só que, ainda que este comentário fosse plenamente esclarecedor nesse sentido, mais uma vez ele não encontra um mínimo reflexo no texto da lei, ainda que imperfeitamente expresse,¹⁰⁹ e - como aprendemos nos clássicos manuais de interpretação de normas jurídicas – deste modo ele não pode ser plenamente considerado ou pelo menos não pode depender dele a interpretação de todo um setor da norma.

Não querendo entrar na célebre discussão sobre o valor jurídico dos comentários à M.C.O.C.D.E.,¹¹⁰ a verdade é que, como já se referiu, eles não fazem parte do texto da norma e quando os Estados signatários se baseiam neste modelo para elaborar as suas convenções, eles replicam o texto normativo e não os comentários. Somos os primeiros a reconhecer a mais-valia que representa possuir esta “muleta” interpretativa, mas

¹⁰⁷ P. 56 do Relatório final da Ação 6 do B.E.P.S. (*Preventing the granting of treaty benefits in inappropriate circumstances, Action 6 – 2015 Final Report*), de outubro de 2015.

¹⁰⁸ *Idem*, p. 58.

¹⁰⁹ Pode mesmo observar-se que já aparecia o conceito de artificialidade no atual comentário n.º 8 ao art. 1.º do M.C.O.C.D.E. mas, mais uma vez, permanecemos ao nível dos comentários que representam apenas um ponto de vista interpretativo, o qual pode ser posto em causa quando não refletido textualmente na norma.

¹¹⁰ Para uma análise aprofundada do tema v., por exemplo, LUC DE BROE, *International Tax Planning and Prevention of Abuse*, 2007, pp. 290 e ss.

alertamos para o facto de ter que se tomar cuidado com a fronteira onde termina o mero apoio à interpretação e em que começam a tecer-se considerações que vão muito para além do que está expresso no texto da norma e que correm, assim, o risco de ter pouco ou nenhum valor.

Não somos alheios à possível crítica relacionada com a dificuldade em sustentar esta nossa construção de abuso, bastante mais exigente do que a espécie de “presunção” sugerida pela O.C.D.E.. A grande questão que provavelmente nos será endereçada é: como perceber se esse objetivo (fiscal) é absolutamente paritário em relação aos demais (comerciais válidos)? O teste que humildemente sugerimos e que nos parece o mais justo é o de responder, através de prova fáctica ou constatação objetiva, a uma pergunta: excluindo da equação a finalidade fiscal, as restantes eram suficientes para o agente prosseguir com a opção de executar a transação?¹¹¹ Se a resposta a esta pergunta for afirmativa, por muito que a finalidade fiscal tenha pesado na decisão do agente e por muitos benefícios que lhe traga, o comportamento dele não foi artificial (dado que teria ocorrido na mesma, ainda que não existisse vantagem fiscal associada) e por isso não deve ser penalizado a nível fiscal – ainda que por eventuais erros do legislador que não previu este tipo de situações. Essa solução não honra a segurança jurídica e a velha máxima de que podemos fazer, dentro da nossa esfera de liberdade, tudo aquilo que a lei não proíba expressamente.

Mais um exemplo contido no próprio texto da Ação 6¹¹² em que nos afastamos do entendimento ali refletido pelo grupo de trabalho B.E.P.S. é o que fala do caso de alguém estar a vender um imóvel por vários motivos – todos igualmente relevantes, entenda-se – mas antes de essa venda ocorrer, o sujeito passivo em causa torna-se residente de um dos Estados Contratantes, sendo que uma das principais finalidades desse comportamento – a par de outras com o mesmo grau de relevância para o agente, recorde-se – é a obtenção do benefício fiscal atribuído pela C.D.T..

Enquanto que no “raciocínio B.E.P.S.” expresso nos respetivos comentários, em situações destas é de aplicar automaticamente o n.º 7 sugerido pela Ação 6 (regra

¹¹¹ Raciocínio inspirado no longo caminho percorrido neste sentido no âmbito da U.E. em que se colocam estas mesmas questões, designadamente na explicação dada no ponto 4.6 da Recomendação da Comissão de 2012 no sentido de todos os E.M.s adotarem uma C.G.A.A. na sua legislação interna, em que se diz que “uma determinada finalidade deve ser considerada essencial quando qualquer outra finalidade que é ou poderia ser imputada à montagem ou à série de montagens se afigure, no máximo, negligenciável, tendo em consideração todas as circunstâncias da situação.”

¹¹² P. 58 do Relatório final da Ação 6 do B.E.P.S. (*Preventing the granting of treaty benefits in inappropriate circumstances, Action 6 – 2015 Final Report*), de outubro de 2015.

P.P.T.), em nosso entender, caso se concluísse que o sujeito adquiriria, na mesma, a residência por força das “outras finalidades principais” – tais como a facilitação da venda ou o reinvestimento dos recursos da alienação – ou seja, se estas fossem suficientes, excluindo a motivação fiscal da equação, para o sujeito adotar o comportamento, não se verifica qualquer artificialidade na conduta e, por isso, esta não é condenável, não havendo motivo para uma “represália fiscal”. No máximo, casos como este podem servir de exemplo para o legislador acautelar situações futuras semelhantes se assim o entender, como se referiu.

e) Estatuição

No aspeto da consequência associada a uma situação identificada como abusiva, a proposta de “C.G.A.A.” da O.C.D.E. para o âmbito das C.D.T.s (a regra P.P.T.) não difere da técnica tradicionalmente utilizada neste tipo de cláusulas: constatado o preenchimento da previsão normativa, a consequência que se lhe associa não é uma punição mas antes uma mera reposição da situação que existiria caso o abuso não tivesse ocorrido.

No caso da P.P.T., essa reposição ou transmutação da situação consiste em não atribuir o benefício concedido pela convenção - *a benefit under this Convention shall not be granted* – que só era aparentemente atribuível dado o arranjo abusivo e ao qual o sujeito passivo não teria direito numa situação normal em que não ocorresse a promoção de tal arranjo artificial.

Por seguir a regra geral e, portanto, servir-se de uma boa técnica legislativa neste segmento, a estatuição da regra P.P.T. não levanta particulares problemas, a menos que dela se faça uma interpretação muito particular que é explorada por certa doutrina,¹¹³ com base na qual a estatuição da norma (reposição da situação tributária real) apenas se aplicaria num dos Estados Contraentes, o que poderia levar a dupla tributação e a resultados penalizadores. Em nossa opinião, sendo a regra P.P.T. – como qualquer C.G.A.A. e ainda mais do que as habituais – uma cláusula tão aberta, comporta uma margem de interpretação que permite conciliar todos os objetivos subjacentes à C.D.T., designadamente o de eliminação tanto da dupla tributação como da dupla não

¹¹³ MICHAEL LANG, “BEPS Action 6: Introducing an Antiabuse Rule in Tax Treaties”, in *Tax Notes International*, vol. 74, n.º 7, 2014, pp. 662 e 663.

tributação, sem que tenham de se prejudicar mutuamente, afirmando-se a importância dos elementos teleológico e sistemático também aqui no âmbito da interpretação de tratados internacionais.

Existe ainda quem questione¹¹⁴ se, uma vez constatado o abuso no âmbito da regra P.P.T., a consequência associada – *benefit (...) shall not be granted* – implica vedar todo e qualquer benefício resultante da C.D.T. devido à verificação do abuso ou apenas o benefício concretamente resultante da disposição contornada. A nosso ver, uma leitura atenta e uma correta interpretação da cláusula permite dissipar este tipo de dúvidas: se a cláusula refere que *a benefit* (um benefício e não os benefícios) *shall not be granted (...) if it is reasonable to conclude (...) that obtaining that benefit* (esse benefício e não os benefícios em geral da convenção) esteve na base principal de motivações da conduta, poucas dúvidas nos parecem restar acerca da restrição da inaplicabilidade dos benefícios da convenção apenas àqueles dos quais o contribuinte pretendeu prevalecer-se indevidamente. As dificuldades sentem-se, antes, como se viu, sobretudo no preenchimento da previsão normativa e todo o caminho prévio necessário até se chegar à conclusão pela aplicação da estatuição.

¹¹⁴ Designadamente, PHILIP BAKER, “The BEPS Action Plan in the Light of EU Law: Treaty Abuse”, in *British Tax Review*, 2015, 3, p. 414.

4. O conceito de artificialidade à luz do Direito da União Europeia

O tratamento da temática do abuso de normas fiscais conta já com um significativo percurso histórico na jurisdição da União Europeia.

Desde cedo foi manifestada a preocupação de identificar e impedir esquemas destinados a reduzir, de uma forma artificial, a “fatura fiscal” a pagar, ainda que aparentemente não representassem qualquer ilegalidade, como oportunamente se explicou na definição de abuso dada no ponto 2.2 supra.

Numa fase embrionária, a única via possível para manifestar tal preocupação era a da criação jurisprudencial com base no Princípio do Abuso, uma vez que a U.E. ainda não tinha atingido uma estrutura suficientemente forte e coesa que lhe permitisse emitir este tipo de legislação, num domínio tão sensível quanto o das matérias fiscais, embora aos poucos se fossem concretizando cláusulas setoriais de combate ao abuso ocorrido especificamente nas matérias abrangidas por determinadas Diretivas – realidade aplicável apenas aos domínios da fiscalidade que contem já com algum tipo de harmonização, ainda que meramente parcial.

Posteriormente, evoluiu-se para a Recomendação da Comissão de 6.12.2012 - C(2012) 8806 - relativa ao Planeamento Fiscal Agressivo em que se aconselhava, no seu ponto 4.2, a adoção, por parte dos E.M.s, de uma C.G.A.A.¹¹⁵ que embora ainda não vinculativa (art. 288.º, 5.º parágrafo do T.F.U.E.), consubstanciava, pelo menos, a existência de uma cláusula escrita que já ia além do mero princípio teórico e com fronteiras muito pouco precisas, permitindo-nos falar então, no mínimo, numa espécie de *soft law*, que podia já ser considerada como padrão ou guia.

¹¹⁵ Recomendação reforçada nos pontos 6 a 10 do documento da Comissão Europeia *Platform For Tax Good Governance - Discussion Paper on the Recommendation on aggressive tax planning* e inserida no âmbito e na sequência de uma contemporânea Comunicação da Comissão Europeia intitulada «Plano de Ação da Comissão Europeia para reforçar a luta contra a fraude e evasão fiscais» (COM (2012) 722 final), também de 6 de dezembro de 2012; sendo que já anteriormente a Comissão Europeia havia apresentado “uma relevante comunicação relativa à aplicação de medidas anti-abuso na área da tributação directa” – como a descreve CLOTILDE PALMA, no seu artigo “A Comunicação da Comissão Europeia sobre a aplicação de medidas anti-abuso”, in *TOC*, 2009, 114, p. 40 – que é a Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu e ao Comité Económico e Social Europeu sobre a aplicação de medidas anti-abuso na área da tributação directa (COM/2007/0785 final). Para um maior desenvolvimento sobre todo o trabalho desenvolvido pela U.E. em torno destas preocupações, antes de depois da publicação dos Relatórios B.E.P.S., v. AXEL CORDEWENER, “Anti-Abuse Measures in the Area of Direct Taxation: Towards Converging Standards under Treaty Freedoms and EU Directives?”, in *EC Tax Review*, 2017, 2, p. 60.

Por fim, pode considerar-se que se atingiu um estágio muito próximo da maturidade neste tema¹¹⁶ quando, em 12 de julho de 2016, o Conselho aprova a Diretiva (U.E.) 2016/1164 em que se vem, finalmente, formular, no seu artigo 6.º, uma C.G.A.A. vinculativa para os E.M.s, o que significa uma tendência para a uniformização das legislações de todos eles neste aspeto particular.

No ponto seguinte aprofundaremos um pouco a explicação acerca de cada uma destas etapas históricas no caminho da U.E. no combate ao abuso fiscal.

4.1 Resenha histórica sobre o abuso fiscal na União Europeia

4.1.1 Aplicação do Princípio do Abuso pelo T.J.U.E.¹¹⁷

Adotando uma metodologia cronológica, começamos então por analisar aquela que foi a primeira abordagem do fenómeno do abuso de normas fiscais e seu combate no âmbito da União Europeia: a criação jurisprudencial do Princípio do Abuso que consistia – e ainda consiste, embora já tenha sido, digamos assim, positivado, como veremos – tradicionalmente na seguinte formulação: “*o Direito da UE não pode ser invocado para contornar direito em geral*”^{118/119}, o que equivale a dizer que o cidadão comunitário não pode servir-se das liberdades nem de qualquer princípio ou regra de Direito Europeu para contornar ilegitimamente uma qualquer norma, conste ela de um diploma interno, europeu ou internacional.¹²⁰ Pode dizer-se que a sua “finalidade [é] assegurar o princípio da igualdade tributária (ou da capacidade contributiva).”¹²¹

¹¹⁶ Pelo menos ao nível da concertação na atuação da U.E., embora ao nível da redação da cláusula ainda existam possíveis melhorias a introduzir, como se verá.

¹¹⁷ Para uma detalhada descrição das características e da evolução do Princípio do Abuso na U.E., v. AA.VV., *Prohibition of Abuse of Law – A New General Principle of EU Law?* (Ed. Rita de la Feria & Stefan Vogenauer), 2011.

¹¹⁸ Numa tradução livre da expressão “EU law cannot be relied on to circumvent law in general” retirada de TERRA & WATTEL, *European Tax Law*, 2012, p. 482.

¹¹⁹ V. formulações similares em ALEXANDRA MARTINS, “A Admissibilidade de uma Cláusula Geral Anti-Abuso em Sede de I.V.A.”, in *Cadernos IDEFF*, 2007, 7, p. 120.

¹²⁰ O que – apenas para afastar qualquer confusão a este nível – não encontra nenhuma contrariedade no corolário básico do Princípio do Primado que estipula que as regras nacionais não podem mostrar-se inconsistentes com o Direito da U.E. e, caso tal aconteça, não devem ser aplicadas, tal como decidido, em sede tributária, nos *Casos Simmenthal* (Ac. do T.J.U.E., de 09 de março de 1978 - proc. 106/77) e *Factortame* (Ac. do T.J.U.E., de 19 de junho de 1990 - proc. C-213/89), dirigindo-se portanto a realidades diferentes, como se vê.

¹²¹ ANA PAULA DOURADO, *Lições de Direito Fiscal Europeu – Tributação Directa*, 2010, p. 159.

Não querendo entrar nas antigas discussões doutrinárias¹²² acerca da densificação do Princípio Geral do Abuso ou até do debate de se existiria apenas um ou mais do que um princípio do abuso, o que importa reter é que existia alguma incoerência no tratamento oferecido pela jurisprudência do T.J.U.E. ao Princípio do Abuso

Por nossa parte, sempre alinhámos na esteira de autores como ANA PAULA DOURADO¹²³ que, não obstante admitirem – por evidente – a dita incoerência do T.J.U.E. na análise dos casos de abuso, encontravam ainda assim, no cruzamento entre doutrina e jurisprudência, linhas orientadoras comuns, o que sempre nos fez concluir pela existência de apenas um Princípio de Abuso – que funcionava (antes de existirem concretizações legais mais explícitas) como uma espécie de C.G.A.A. para o ordenamento europeu, equivalente às C.G.A.A. internas. O que sucedia, a nosso ver, era que este princípio interpretativo sofria diferentes concretizações consoante o específico assunto de que se estivesse a tratar. Portanto este “princípio de primeiro grau” continha naturais adaptações ao concreto tipo de imposto sobre o qual estivesse a atuar, o que – adiante-se desde já - continuará a acontecer mesmo após a consagração escrita de uma C.G.A.A. única, dado que continuarão a existir as cláusulas antiabuso setoriais para cada matéria regulada por Diretivas e as necessidades de adaptação da nova C.G.A.A.

¹²² Que, de certa forma, ficaram mitigadas a partir do momento em que se publica a C.G.A.A. escrita por via do art. 6.º da Diretiva (U.E.) 2016/1164 do Conselho de 12 de julho de 2016 que estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal que tenham incidência direta no funcionamento do mercado interno – COM (2016) 26 final (A.T.A.D.).

¹²³ *Lições de Direito Fiscal Europeu – Tributação Directa*, 2010, p. 155 e ss.; “Aggressive Tax Planning in EU Law and in the Light of BEPS: The EC Recommendation on Aggressive Tax Planning and BEPS Actions 2 and 6”, in *Intertax*, 2015, 1, p. 48; e “A Single Principle of Abuse in European Union Law: A Methodological Approach to Rejecting a Different Concept of Abuse in Personal Taxation”, in *Prohibition of Abuse of Law – A New General Principle of EU Law?* (Ed. Rita de la Feria & Stefan Vogenauer), 2011, pp. 469 e ss.. Também TERRA & WATTEL quando diziam que “the EU abuse of right doctrine applies irrespective of the field of law involved, whether exclusively governed by EU law (regulations; customs duties, export restitutions), minimal or fully harmonized law (directives; VAT; excises), or completely unharmonized (national) law (direct taxes): EU law cannot be relied on to circumvent law; period; be it national law, bilateral treaty law, EU law, or Murphy’s law.” em *European Tax Law*, 2012, p. 481; FRANS VANISTENDAEL, no seu artigo “Halifax and Cadbury Schweppes: one single European theory of abuse in tax law?” in *EC Tax Review*, 2006, 4, em que referia que estas duas decisões do T.J.U.E. tinham a virtualidade de mostrar que um mesmo princípio de abuso podia aplicar-se a casos tão distintos como sejam os de I.V.A. e os de impostos sobre rendimentos e que era precisamente por este esforço de se encontrar uma linha uniforme entre estes diversos casos de abuso que se podia afirmar que “the ECJ may finally come around to a coherent general theory of abuse of law that extends in a consistent way of abuse of Community law to all matters.” (p. 192) e que “both decisions have used a reasoning to refute tax avoidance that is very similar if not identical” (p. 195), não obstante adquirirem depois concretizações diferenciadas, de acordo com a respetiva área de tributação, tal como nós defendemos e, como diz o autor na mesma pág., “These are only differences in viewpoint, not in substance.”; sendo-nos ainda possível indicar outros autores que pensavam da mesma maneira, propondo mesmo uma noção única que assimila o abuso à *tax avoidance*, como é o caso de BEN KIEKEBELD, em “Anti-abuse in the Field of Taxation: Is There One Overall Concept?”, in *EC Tax Review*, 2009, 4, pp. 144-145.

ao caso concreto. Tanto a Cláusula Geral como as setoriais vão necessariamente continuar a suportar o respetivo enquadramento no Princípio Geral, o qual não deixará, portanto, de existir mas apenas passará a contar com um maior grau de positivação com os recentes avanços legislativos.

Assim, defendia-se que ocorria abuso, em sede tributária, na U.E., se um contribuinte, se servisse das liberdades concedidas pelos Tratados, espelhadas (ou não) nas vantagens previstas nas Diretivas,¹²⁴ de forma a contornar ou evitar a legislação do E.M. a que pertence (abuso indireto) ou as próprias Diretivas da União (abuso direto).¹²⁵

A doutrina concretizava, à época, esta definição em 4 elementos¹²⁶ - ainda assim muito genéricos – cujo respetivo preenchimento ditava a ocorrência de abuso fiscal na U.E.: aquilo a que chamava “elemento subjetivo” e que nós preferíamos designar por “elemento finalidade do negócio” uma vez que sempre defendemos, conforme tem vindo a ser reiterado, que a intencionalidade a avaliar deve ser a objetivamente subjacente à conduta e não a psicológica do agente, a qual será sempre impossível de aferir;¹²⁷ o chamado “elemento objetivo” que se focava na análise da existência de artificialidade; o elemento que estabelecia a ligação entre os “subjetivo” (para nós, finalístico) e “objetivo”; e por fim o elemento que aferia da proporcionalidade da restrição face à justificação invocada.

¹²⁴ Dado que, como explicava WOLFGANG SCHÖN, em “Abuse of rights and European tax law”, in *Comparative Perspectives on Revenue Law, Essays in honour of John Tiley*, 2008, na p. 76, “abuse of rights can occur at different levels of legislation (...) primary and secondary EC law, on the one hand, and domestic rules (...), on the other hand.”

¹²⁵ Explicação baseada em ANA PAULA DOURADO, *Lições de Direito Fiscal Europeu – Tributação Directa*, 2010, p. 158. Todas estas são chamadas *U-turn situations* (v., por ex., KARSTEN SØRENSEN, “Abuse of Rights in Community Law: A Principle of Substance or merely Rhetoric?”, in *Common Market Law Review*, vol. 43, n.º 2, 2006, p. 426 ou WOLFGANG SCHÖN, “Abuse of rights and European tax law”, in *Comparative Perspectives on Revenue Law, Essays in honour of John Tiley*, 2008, pp. 88 e 89 para um maior aprofundamento desse conceito).

¹²⁶ Bem explicados, por exemplo, por ANA PAULA DOURADO em *Aggressive Tax Planning in EU Law and in the Light of BEPS: The EC Recommendation on Aggressive Tax Planning and BEPS Actions 2 and 6*, in *Intertax*, 2015, 1, p. 45 (embora não lhes atribuindo a mesma designação que a maioria da doutrina).

¹²⁷ Na esteira de ANA PAULA DOURADO que vinha referindo por diversas vezes a expressão “teste da finalidade do negócio” nas suas obras, como por exemplo em *Lições de Direito Fiscal Europeu – Tributação Directa*, 2010, p. 181, defendendo, pelos mesmos motivos que nós, que “a intenção de abuso é irrelevante para se aferir sobre a existência de um comportamento abusivo do Direito Comunitário” (p. 191) e de TERRA & WATTEL quando diziam que o abuso “is in principle dependent only on objective factors rather than on subjective intent”, em *European Tax Law*, 2012, p. 475; bem como de JOÃO NOGUEIRA, ao referir que a designação “elemento subjetivo” é equívoca pois “Do que se trata aqui não é de demonstrar elementos volitivos internos ou verificar a mera intencionalidade.”, em “Abuso de direito em Fiscalidade directa. A emergência de um novo operador jurisprudencial comunitário”, in *JusJornal*, 2011, n.º 1268, p. 5.

No âmbito do elemento “**finalidade do negócio**” – e como o próprio nome indica – o que se analisava era se o objetivo ou finalidade essencial subjacente à operação fora contornar a legislação (do E.M. ou da U.E., consoante se tratasse de abuso indireto ou direto, respetivamente), com base em dados objetivamente comprováveis.

Dado esse passo, passava-se à aferição do “**elemento objetivo**”, que tinha por missão dar a perceber se a liberdade fundamental ou vantagem concedida pela Diretiva em causa, foi exercida por meio de um esquema totalmente artificial¹²⁸ (existindo aqui, por tanto, uma “fusão” implícita entre o tradicional elemento objetivo que é o elemento resultado – consubstanciado no sucesso do agente em obter o benefício derivado da norma ou do tratado através da sua conduta elisiva - com aquilo que a doutrina chama de elemento normativo, sobretudo na análise de C.G.A.A.s nacionais, que consiste na evidência da contrariedade com o “espírito” da norma elidida como já se indicou).

Um terceiro passo consistia em analisar se existia algum tipo de **ligação entre os dois** elementos acabados de elencar. Isto é, perceber se este esquema artificial foi usado para contornar aquela legislação de que o negócio finalisticamente pretendia beneficiar. Tratava-se meramente de um raciocínio lógico, de causa-efeito, para entender se realmente fora daquele esquema artificial que surgira o contorno da norma, só dessa forma se podendo classificar a conduta como abusiva, pois caso o contorno tivesse sido fortuito ou ocasional e não fruto desse esquema pré-planeado não se verificaria esta ligação finalística e o comportamento não seria censurável.

Se as respostas às questões anteriores fossem afirmativas, então podia ser aplicada uma legislação interna antiabuso – a única existente à época - mas nesse caso o Tribunal iria ainda verificar se essa legislação era **proporcional** (se as restrições por ela introduzidas eram proporcionais à circunstância que visavam combater: o abuso), preocupação particular do ordenamento Europeu, dada a existência e a centralidade das liberdades de circulação que são um dos pilares fundadores da comunidade. Ou seja, constatado o preenchimento dos primeiros três requisitos e chegados ao momento de aferir da proporcionalidade da legislação interna, este quarto elemento subdivide-se em

¹²⁸ Como refere JOÃO NOGUEIRA em “Abuso de direito em Fiscalidade directa. A emergência de um novo operador jurisprudencial comunitário”, in *JusJornal*, 2011, n.º 1268, este elemento está preenchido quando “apesar da verificação dos requisitos (formais) necessários para despoletar a aplicação de determinada disposição, a situação fáctica não se enquadre no âmbito teleológico dessa regulamentação.” (p. 5). Para um maior aprofundamento acerca desta temática dos esquemas totalmente artificiais v. MICHAEL LANG & SABINE HEIDENBAUER, “Wholly Artificial Arrangements”, in *A Vision of Taxes within and outside European Borders - FS in honour of Prof. Dr. Frans Vanistendael*, 2008, pp. 597 e ss.

quatro novos testes - (pelo menos era este o caminho que era desejável que o Tribunal percorresse, embora nem sempre o fizesse em termos rigorosos): (i) teste da esfera de proteção, para perceber no âmbito de que liberdade fundamental se inseria o comportamento potencialmente abusivo levado a cabo pelo contribuinte, (ii) teste da ingerência (discriminação/restrrição) para, uma vez enquadrando-se a conduta numa das liberdades, se perceber se a norma (interna ou europeia, que visasse combater o abuso) em análise introduzia alguma restrição que pudesse vir a culminar em tratamento discriminatório, (iii) teste das justificações, em que o Tribunal analisava se existia então algum motivo que justificasse o tratamento discriminatório constatado até ao momento, motivo esse que nos casos em análise seria o da existência de abuso, ou seja tinha que se demonstrar que tal discriminação era imprescindível para evitar o abuso para que a regra restritiva não fosse considerada ilícita e contrária aos Tratados, e por fim o (iv) teste da proporcionalidade em sentido estrito, que examinava se a regra restritiva não ultrapassava o estritamente necessário para combater a situação indesejada.¹²⁹

Desde há muito que se tem por incontestável a máxima de que, quer estejam envolvidas intenções abusivas ou não, não pode ser negada uma vantagem ou imposta uma desvantagem fiscais pelo simples facto de o contribuinte estar a exercer uma das suas liberdades de circulação, apenas podendo tais restrições ocorrerem se justificadas por motivos imperativos de interesse público e nunca podendo ir além do necessário para assegurar a efetividade de tal interesse – v., por exemplo, *Caso Futura* (Ac. do T.J.U.E., de 15 de maio de 1997 - proc. C-250/95). Ou seja, chegados aqui, seria já ponto assente que havia abuso. No entanto, ele só poderia ser combatido por legislação interna que não fosse discriminatória (era fundamentalmente nisto que residia a desproporcionalidade). O que o Tribunal verificava aqui era se a justificação à restrição

¹²⁹ Classificação baseada em JOÃO NOGUEIRA, “Abuso de direito em Fiscalidade directa. A emergência de um novo operador jurisprudencial comunitário”, in *JusJornal*, 2011, n.º 1268, p. 10 e, em termos de conteúdo – embora não exatamente de designação – coincidente com os “três passos” (fundindo o quarto com o terceiro) que DENNIS WEBER formula na sua obra *Tax Avoidance and the EC Treaty Freedoms – A Study of the Limitations under European Law to the Prevention of Tax Avoidance*, 2005: “Access to the EC Treaty Freedoms (Step One)”, pp. 5 a 79; “Restrictions of the EC Treaty Freedoms (Step Two)”, pp. 81 a 159; e “Prevention of Tax Avoidance as a Justification for Restrictions of EC Treaty Freedoms (Step Three)”, pp. 161 a 251. Para um maior aprofundamento acerca do requisito da proporcionalidade v. ADAM ZALANSINSKI, “Proportionality of Anti-Avoidance and Anti-Abuse Measures in the ECJ’s Direct Tax Case Law”, in *Intertax*, 2007, 5, pp. 310-321.

– sendo essa justificação o abuso, nos nossos casos¹³⁰ – era proporcional aos objetivos que visava – que eram os de combate à elisão.

Esta era, portanto, a formulação genérica do Princípio do Abuso, na sua forma mais apurada, correspondente a uma espécie de C.G.A.A. europeia não escrita.¹³¹ Fácil se tornava perceber, olhando para os requisitos e elementos enumerados, que eles ainda se encontravam numa formulação muito ampla, carente de densificação.

Para o fazer, o legislador europeu seguiu dois caminhos: para os setores de tributação que já contavam, à data, com algum tipo de harmonização legislativa a nível comunitário (impostos diretos parcialmente harmonizados e impostos indiretos integralmente harmonizados), foi consagrando uma espécie de Cláusulas Específicas (ou setoriais)¹³² Antiabuso para cada uma das Diretivas que os disciplinam, conforme referido supra; restando a aplicação do Princípio do Abuso em toda a sua pureza e plenitude – exclusivamente por via casuística e jurisprudencial - apenas para o setor dos impostos diretos que ainda não harmonizados.¹³³

Assim, pelo mesmo motivo que já a Recomendação de 6.12.2012 C(2012) 8806 relativa ao Planeamento Fiscal Agressivo, no seu considerando 9, excluía claramente do seu âmbito de incidência estas matérias já reguladas por Cláusulas Antiabuso Especiais (setoriais), somos da opinião que o mesmo deve continuar a suceder com a C.G.A.A. consagrada na nova Diretiva – aplicando-se, portanto, igualmente apenas ao setor da tributação direta não harmonizada -, que no fundo mais não é do que uma positivação

¹³⁰ A título informativo deixamos a nota de que além do abuso, outras justificações (razões imperiosas de interesse geral) têm vindo a ser invocadas ao longo do tempo nos acórdãos, designadamente, a “coerência fiscal”, a “eficácia dos controlos fiscais”, a “repartição equilibrada do poder de tributar entre os Estados”, e mais recentemente a da “luta contra os paraísos fiscais” (v. *Caso Felixstowe*, Ac. do T.J.U.E. de 1 de abril de 2014 - proc. C-80/12) que, apesar de tudo, nos parece ser uma mera derivação da justificação com base no abuso e não merecer análise separada. Em contrapartida, nunca foram aceites como justificações meros motivos de poupança fiscal ou arrecadação de receita por parte dos governos dos E.M.s. Para um maior aprofundamento sobre este assunto v. por exemplo, Capítulo 16.1.3 (pp. 483 e ss.) da obra *European Tax Law*, 2012, de TERRA & WATTEL e MARJAANA HELMINEN, *EU Tax Law Direct Taxation*, 2015, pp. 133 e ss. Para uma análise aprofundada e com recolha de contributos de diversa doutrina sobre a forma como a justificação com base no abuso se cruza com outras justificações v. MARCEL G.H. SCHAPER, “The Need to Prevent Abusive Practices and Fraud as a Composite Justification”, in *EC Tax Review*, 2014, 4, pp. 220- 229.

¹³¹ Como dizia, à época, ANA PAULA DOURADO em *Lições de Direito Fiscal Europeu – Tributação Directa*, 2010, p. 158, “Pode dizer-se que ele tem afinidades com a função desempenhada pelas Cláusulas Gerais Anti-abuso.”

¹³² Que alguma doutrina classifica como “mini-GAARs” num contexto similar. V. JOÃO DÁCIO ROLIM, “The General Anti-Avoidance Rule: Its Expanding Role in International Taxation”, in *Intertax*, 2016, 11, pp. 817 e ss.

¹³³ Embora a aplicação daquele esquema ter cronologicamente, começado pela área do I.V.A. e só posteriormente se ter estendido a esta.

do Princípio Geral¹³⁴ que viera a ser aperfeiçoado jurisprudencialmente ao longo de todo o percurso descrito.¹³⁵ Trata-se, no fundo, da reiteração do funcionamento da técnica jurídica da prevalência das cláusulas especiais sobre as gerais quando versam sobre âmbitos objetivo e subjetivo coincidentes.

O que acaba de ser dito não invalida, contudo, que tal como o era o Princípio do Abuso, a nova C.G.A.A. continue a funcionar como uma espécie de rede que engloba todas as específicas e setoriais. O que queremos dizer não é que, caso a situação não caiba na Cláusula Específica, pode ser enquadrada na Cláusula Geral. Isso traria uma intolerável insegurança jurídica e não respeitaria as técnicas de aplicação da lei, porque cada uma daquelas tem um diferente âmbito de aplicação. O que defendemos é que, caso haja lacunas de interpretação nessas cláusulas consagradas sectorialmente, o intérprete aplicador pode continuar a apoiar-se nos ensinamentos do Princípio Geral de Abuso, agora vertido na nova C.G.A.A. do art. 6.º A.T.A.D..

A fim de melhor se perceber este percurso histórico – feito essencialmente pela via jurisprudencial – que veio a culminar na consagração recente da “C.G.A.A. europeia” a que acabámos de aludir, entendemos fazer uma breve “ronda” pelas decisões mais importantes do T.J.U.E que, não tendo a pretensão de ser exaustiva, se destina a destacar alguns dos acórdãos mais emblemáticos de cada setor de tributação, para que melhor se compreenda a evolução ocorrida no Princípio do Abuso até à sua atual positivação e a justificação, necessidade e até urgência dessa passagem a escrito e uniformização, como se verá.

a) Jurisprudência em matéria de tributação direta não harmonizada

A doutrina costuma apontar o *Caso Emsland-Stärke* (Ac. T.J.U.E., de 14 de dezembro de 2000 – proc. C-110/99) como o primeiro a formular organizadamente os

¹³⁴ Havendo inclusive quem considere todas as C.G.A.A. como princípios e não meras regras, dado o seu nível de abstração e indeterminação. V. JOÃO DÁCIO ROLIM, “The General Anti-Avoidance Rule: Its Expanding Role in International Taxation”, in *Intertax*, 2016, 11, p. 816.

¹³⁵ É também por este motivo que – naturalmente – neste setor de tributação apenas pode haver abuso indireto, uma vez que ainda não existe legislação europeia (Diretivas) que possam ser contornadas nesta área, sendo o único contorno possível o da legislação interna, embora servindo-se das liberdades concedidas pelos Tratados. Já no caso dos impostos diretos parcialmente harmonizados ou no dos impostos indiretos integralmente harmonizados (caso do I.V.A.), uma vez que já existem Diretivas Europeias a regulá-los, é possível existir tanto abuso direto, como indireto, e já foram consagradas regras próprias antiabuso acerca de cada uma das temáticas sobre as quais versam as Diretivas, as quais reproduzem o Princípio Geral adaptando-o às respetivas realidades.

testes do abuso em sede fiscal na U.E. (pelo menos os elementos a que o Tribunal chama de “subjetivo” e “objetivo”, sendo posteriormente cada vez mais complexificados e elaborados).¹³⁶ O “esquema artificial” em causa neste acórdão era o de uma empresa alemã exportar produtos agrícolas para um estado terceiro (a Suíça) mas com o objetivo final de os reintroduzir novamente na circulação comunitária, interpondo-se ficticiamente o estado terceiro apenas com o objetivo de aproveitar as estipulações favoráveis do Regulamento da U.E. 2730/79 no que toca a restituições de exportações.¹³⁷ O que é interessante neste acórdão é que, talvez até de forma involuntária – porque à data ainda não estava completamente fechada a formulação do Princípio do Abuso – o T.J.U.E. acaba por analisar todos os elementos e percorrer todas as etapas necessárias para demonstrar a possibilidade da conduta abusiva e a não desproporcionalidade da norma que a sanciona, algo que, curiosamente, não veio a suceder em muitos dos acórdãos posteriores e que gozavam de melhores condições para efetuar essa análise.

Pouco tempo depois, no *Caso X e Y* (Ac. do T.J.U.E., de 21 de novembro de 2002 – proc. C-436/00), parece haver uma certa regressão na minúcia com que o T.J.U.E. analisa a matéria do abuso. Apenas a título de enquadramento – e não cabendo nesta sede discutir a bondade do rumo das decisões mas apenas analisar o percurso trilhado – a questão era perceber se era discriminatória a legislação do Estado Sueco que previa que, em caso de cessão de ações de sociedades por preço abaixo do valor real, isso excluía o cedente de beneficiar de um diferimento do imposto sobre as mais-valias

¹³⁶ Já tinham existido outros acórdãos a abordar o tema do abuso, alguns deles citados até no próprio *Emsland-Stärke* (*Caso Cremer*, Ac. do T.J.U.E. de 11 de outubro de 1977 - proc. C-125/76; *Caso Könecke*, Ac. do T.J.U.E. de 25 de setembro de 1984 - proc. C-117/83; *Caso General Milk Products*, Ac. do T.J.U.E. de 3 de março de 1993 - proc. C-8/92) e outros como o *Caso Avoir Fiscal*, Ac. do T.J.U.E. de 28 de janeiro de 1986 - proc. 270/83, o *Caso Safir*, Ac. do T.J.U.E. de 28 de abril de 1998 - proc. C-118/96, o *Caso ICI*, Ac. do T.J.U.E. de 16 de julho de 1998 - proc. C-264/96, o *Caso Centros*, Ac. do T.J.U.E. de 9 de março de 1999 - proc. C-212/97, o *Caso Eurowings*, Ac. do T.J.U.E. de 26 de outubro de 1999 - proc. C-294/97 ou o *Caso Vestergaard*, de 28 de outubro de 1999 - proc. C-55/98, mas que não tinham feito este tipo de análise sistemática e é por isso que se considera estar aqui o ponto de viragem e a primeira tentativa de formulação do Princípio do Abuso; sendo que a decisão que é apontada pela doutrina (designadamente MÓNICA CANDEIAS, *As Cláusulas Anti-Abuso no Contexto Fiscal Europeu – Breve Análise da Jurisprudência do Tribunal de Justiça*, 2006, p. 18) como tendo sido verdadeiramente a primeira a referir a temática do abuso nesta sede é o *Caso Binsbergen* (Ac. do T.J.U.E. de 3 de dezembro de 1974 - proc. 33/74). Sobre a evolução jurisprudencial pré-Emsland-Stärke em matéria de abuso v. ANDERS KJELGREN, “On the border of Abuse – The jurisprudence of the European Court of Justice on Circumvention, Fraud and Other Misuses of Community Law”, in *European Business Law Review*, 2000, 3, pp. 179-194 e RITA DE LA FERIA, “Prohibition of Abuse of Community Law: The Creation of a New General Principle of EC Law through Tax”, in *Common Market Law Review*, 2008, 2, pp. 395-441.

¹³⁷ Apesar de estar em causa o contorno de normas de um Regulamento da U.E., as implicações do caso refletem-se nos ordenamentos fiscais de cada um dos Estados envolvidos e foi por isso que resolvemos inseri-lo neste tópico relativo à jurisprudência dos impostos diretos não harmonizados, bem como por motivos de facilidade de exposição da “cronologia” subsequente.

realizadas com essas ações quando a cessão é efetuada a favor de uma pessoa coletiva estrangeira em que o cedente detém uma participação – e portanto perceber se comportamentos deste tipo poderiam ser considerados abusivos. Ora, sendo verdade que o acórdão aborda as temáticas da proporcionalidade e do objetivo da restrição, consideramos que o faz de forma muito superficial. Verifica-se que “salta” de imediato para a discussão em torno do facto de aquela norma que configura uma restrição poder ou não justificar-se com base no abuso (ensaando também diversas outras justificações), sem primeiro aferir se há realmente abuso (ou se é possível haver, dado que se tratava de um pedido de informação vinculativa ou seja, para precaver uma conduta que ainda não ocorrera). Acórdãos deste género não eram desejáveis pois davam “saltos lógicos”¹³⁸ e analisavam dados que poderiam até nem vir a ser necessários se fosse seguida a sequência correta.¹³⁹

Juntando numa única análise os *Casos Lankhorst-Hohorst* (Ac. do T.J.U.E., de 12 de dezembro de 2002 - proc. C-324/00)¹⁴⁰ e *Thin Cap GLO* (Ac. do T.J.U.E., de 13 de março de 2007 - proc. C-524/04)¹⁴¹ que abordam a mesma temática da “subcapitalização” ou “capitalização dissimulada”, pode dizer-se que, embora tenham decidido em sentidos diferentes, ambos incorreram no mesmo vício do acórdão acima mencionado. Apesar de a temática do abuso não ser a principal nestes acórdãos e de a sua análise, na altura, ser diferente da que se poderia fazer atualmente já com a vigência da atual Diretiva das Sociedades-Mães e Afiliadas, consideramos que nada se teria a

¹³⁸ No mesmo sentido TERRA & WATTEL ao dizerem (embora aqui referindo-se a outros casos mas com a mesma lógica) que “the justification issue should in our view not have arisen in the first place, as there was no discrimination, but within the assumption of a discrimination being present” p. 486 de *European Tax Law*, 2012.

¹³⁹ Bem sabemos que a função do T.J.U.E. não é apreciar a situação fáctica, apenas a compatibilidade entre o Direito Interno de cada E.M. - que lhe coloca questões prejudiciais – e o Direito da U.E.. No entanto, dadas as especificidades da matéria em causa e o facto de já existir à data um Princípio do Abuso autónomo no Direito da U.E., consideramos que não era possível aferir aquela compatibilidade sem primeiro, pelo menos, enunciar os elementos que enformavam esse princípio e que não eram completamente coincidentes com os das regras antiabuso internas dadas as especificidades do Direito da U.E.. Prova disso é o facto de, num primeiro momento, a Comissão ter recomendado, como veremos, um protótipo de Cláusula Geral Antiabuso a adotar por todos os E.M.s da U.E., ou pelo menos para lhes servir de inspiração, para assim obter uma maior uniformização em torno do tratamento da matéria do abuso e diminuir as contradições geradoras de insegurança das decisões que saem dos Tribunais Nacionais e do T.J.U.E. e, num momento posterior, ter mesmo sido emitida uma C.G.A.A. vinculativa para todos os E.M.s, como veremos.

¹⁴⁰ Em que o T.J.U.E. decidiu que a regra de subcapitalização alemã não podia ser justificada (e assim autorizada) através do risco de abuso ou evasão fiscais se tal norma fosse aplicada indiscriminadamente tanto a situações abusivas como não abusivas, dado que isso seria uma restrição indevida e desproporcional à liberdade de estabelecimento.

¹⁴¹ Em que o T.J.U.E. já considerou que, apesar de a regra de subcapitalização em análise provocar restrições à liberdade de estabelecimento, essa restrição se encontrava justificada pela necessidade de prevenir o abuso e de assegurar a efetividade da supervisão fiscal.

perder se o Tribunal tivesse seguido o esquema coerente que levaria à constatação ou não de abuso nesses casos.¹⁴²

Também o Caso Inspire Art (Ac. do T.J.U.E., de 30 de setembro de 2003 – proc. C-167/01) não fornece um *iter* detalhado quanto à apreciação do abuso, dado que também aqui esse não era – ou não era apenas esse – o tema central a tratar. Não obstante, trata de um tipo de abuso muito importante que é o das sociedades “caixa de correio” que merecia ser melhor examinado e o Tribunal fê-lo, designadamente, no Caso Cadbury Schweppes (Ac. do T.J.U.E., de 12 de setembro de 2006 - proc. C-196/04). Aqui, embora o Tribunal não utilize a “nomenclatura” que criou em Emsland-Stärke acaba por abordar, ainda assim, todos os elementos necessários para proceder a uma rigorosa análise da existência de abuso¹⁴³ acrescentando até algumas novas e mais apertadas exigências.¹⁴⁴ Em muitos acórdãos verifica-se que apenas se focam em analisar se a regra do E.M. em causa é restritiva e, sendo-o, se uma das justificações pode ser a prevenção do abuso; outros analisam apenas o comportamento adotado e olham para a regra interna de forma muito superficial não estudando convenientemente o seu elemento normativo conexionado com o requisito da artificialidade que é um dado fundamental – o escopo com o qual o legislador criou a regra. Cadbury Schweppes foi um dos acórdãos mais completos pois conseguiu analisar todos esses aspetos.

Quanto ao célebre Caso Marks & Spencer, torna-se interessante comparar os acórdãos I (Ac. do T.J.U.E., de 13 de dezembro de 2005 – proc. C-446/03) e II (Ac. do

¹⁴² O mesmo sucedeu em casos como os do Caso De Lasteyrie du Saillant (Ac. do T.J.U.E., de 11 de março de 2004 – proc. C-9/02) em que mais uma vez não se define propriamente se a situação em causa foi abusiva, apenas se analisa se a regra francesa que institui um mecanismo de tributação das mais-valias latentes em caso de transferência de domicílio fiscal e que assim parece constituir uma ingerência ou restrição à liberdade de estabelecimento, pode ser justificada com base no risco de abuso - sensivelmente o mesmo acontece no Caso N. (Ac. do T.J.U.E., de 7 de setembro de 2006 – proc. C-470/04) embora aqui, curiosamente, nem sequer se tenha invocado o risco de abuso, ficando-se a observação das “razões imperiosas de interesse geral” pela repartição do poder tributário pelos EMs e consideramos que teria sido enriquecedor analisar o caso também por essa perspectiva -; e do Caso Van Hilten (Ac. do T.J.U.E., de 23 de fevereiro de 2006 – proc. C-513/03) em que também não foi examinada a possibilidade de existir abuso, apenas afirmado perentoriamente que a norma em causa (potencialmente discriminatória) – que ficcionava que, os cidadãos holandeses que se mudassem para outro Estado nos 10 anos anteriores à respetiva morte continuavam a considerar-se residentes nos Países Baixos para efeitos de tributação a nível sucessório – se justificava por razões imperiosas de interesse geral – no caso, a possibilidade de abuso por parte dos contribuintes que veem a hora do seu falecimento a aproximar-se.

¹⁴³ Por exemplo, os passos descritos no ponto 10 do acórdão, apesar de não virem classificados como tal, correspondem claramente aos elementos “subjetivo” e “objetivo” tal como formulados em Emsland-Stärke.

¹⁴⁴ Por exemplo, ter que fazer a “prova invertida” a que se refere o ponto 11 do acórdão que diz que “a sociedade residente tem de provar que a principal razão ou uma das principais razões da existência da S.E.C. não consistia, relativamente ao exercício em causa, na obtenção de uma diminuição de imposto no Reino Unido através de um desvio de lucros”, apenas possível por estar em causa a análise de uma cláusula especial antiabuso.

T.J.U.E., de 3 de fevereiro de 2015 - proc. C-172/13). No primeiro dos acórdãos, o que está em causa é saber se a aceleração do apuramento dos prejuízos fiscais das sociedades deficitárias através da sua imputação imediata nos lucros de outras sociedades do grupo onde a tributação é mais elevada e por isso tais prejuízos imprimem uma maior influência, pode configurar um aproveitamento abusivo da dedução de grupo que a legislação do Reino Unido previa enquanto benefício fiscal.¹⁴⁵ Num passo seguinte, analisou-se se a parcela dessa mesma legislação que previa a exclusão do referido benefício no que diz respeito aos prejuízos sofridos por uma filial estabelecida noutro E.M. e que não exerce nenhuma atividade económica no E.M. da sociedade-mãe era restritiva da liberdade de circulação e, em caso afirmativo, se podia ser justificada e “sanada” pelo risco de abuso. Considerámos ser exatamente este o caminho correto a seguir, estando aqui mais um bom exemplo de uma análise bastante completa a fazer, à data, do Princípio do Abuso - embora muitas vezes de forma meramente implícita. No segundo acórdão – digamos que sucessor do primeiro por estar em causa o mesmo problema de fundo – há que ter em conta a alteração legislativa de algumas normas britânicas a que o primeiro acórdão levou, alterações essas que vieram conceder ainda maior precisão à identificação de situações abusivas, pelo que a boa técnica utilizada no primeiro acórdão, manteve-se no segundo de forma ainda mais rigorosa porque acompanhado de legislação mais precisa. Embora nem sempre contando com um apuramento detalhado de cada um dos elementos constitutivos do Princípio, a apreciação feita nestes acórdãos é meritória por promover uma análise, pelo menos organizada e sustentada das condutas artificiais.

Sublinhe-se também o rigor demonstrado no Caso SGI¹⁴⁶ (Ac. do T.J.U.E., de 21 de janeiro de 2010 - proc. C-311/08) em que, designadamente, e ao contrário do que acontecia em muita da jurisprudência sobre este tema, houve a preocupação de, na análise – ainda que implícita – dos elementos do abuso, apreciar corretamente o elemento normativo (que, reitera-se, no âmbito do Princípio europeu do Abuso vem

¹⁴⁵ Assiste-se a “história” semelhante no Caso Rewe Zentralfinanz (Ac. do T.J.U.E., de 29 de março de 2007 – proc. C-347/04) e no Caso Oy AA (Ac. do T.J.U.E., de 18 de julho de 2007 – proc. C-231/05).

¹⁴⁶ Cuja preocupação, semelhante à que está presente em acórdãos como o acabado de citar Oy AA é a seguinte: “permitir que as sociedades residentes concedam suprimentos a título excepcional ou gratuito a sociedades que mantêm uma relação de interdependência entre si e que estão estabelecidas noutros Estados-Membros, sem que esteja prevista nenhuma medida fiscal correctora, comporta o risco de que, através de expedientes puramente artificiais, sejam organizadas transferências de rendimentos dentro de um grupo de sociedades que mantenham uma relação de interdependência em direcção às sociedades estabelecidas em Estados-Membros que aplicam taxas de tributação mais baixas ou em Estados-Membros nos quais estes rendimentos não são tributados”. (par. 67 do Caso SGI).

integrado no elemento objetivo e que integrava, à data, implicitamente o conceito de artificialidade, hoje transposto para a nova C.G.A.A. “europeia” em moldes que oportunamente explicitaremos) no seu par. 26, em que refere que “a legislação em causa no processo principal refere-se à determinação do lucro bruto das sociedades residentes para efeitos da tributação dos seus rendimentos. Para não permitir a evasão fiscal, são reintegrados, nos lucros destas, os rendimentos que as sociedades não obtêm por terem concedido suprimentos a título excecional ou gratuito a sociedades não residentes que com elas mantenham uma relação de interdependência.” Tendo pontos de partida sólidos, tornava-se muito mais fácil proceder à restante análise em torno do abuso ou elisão. Saliente-se, no entanto, um aspeto negativo que poderia ter sido evitado. Já que este é dos únicos acórdãos em que, na formulação que lhe é dada no momento do reenvio, aparecem autonomamente, enquanto justificações distintas da legislação belga considerada restritiva da liberdade de estabelecimento, o “receio de evasão fiscal” e a “luta contra práticas abusivas” (no seu par. 57) que são realidades que, embora próximas, são diferentes como temos vindo a frisar, e que quase nenhum pedido prejudicial tem o cuidado de separar, o T.J.U.E. podia ter aproveitado para analisar as duas justificações separada e detalhadamente, coisa que não fez, apreciando, como de costume, tudo sob a égide da “evasão” indistintamente. A não ser este ponto, toda a restante análise levada a cabo no acórdão é muito meritória, designadamente na parte da avaliação da proporcionalidade da restrição,¹⁴⁷ como se pode ver, por exemplo, nos par.s 70 e ss.

Recentemente tem-se vindo a assistir a acórdãos que abordam esquemas elisivos semelhantes ao utilizado em *Emsland-Stärke* supra citado, tais como o *Caso Cervati e Malvi* (Ac. do T.J.U.E. de 14 de abril de 2016 – proc. C-131/14) - baseado em esquemas de revenda de alho entre operadores com vista à fuga à taxa alfandegária devida - e é com satisfação que verificamos que o T.J.U.E. não ignorou experiências passadas e faz uma análise bastante cuidada dos vários elementos que compõem o Princípio do Abuso, fazendo inclusive expressa alusão ao requisito da artificialidade no par. 51.

¹⁴⁷ Que, no caso se prende com perceber se a transação em causa excede aquilo que as sociedades em causa teriam acordado caso tivesse sido respeitado o princípio da independência

b) Jurisprudência em matéria de tributação direta parcialmente harmonizada

Neste domínio, a cláusula antiabuso que mais controvérsia e volume de jurisprudência tem gerado é a presente no art. 15.º n.º 1 da Diretiva das Fusões.

Existe já, nesta sede, um percurso jurisprudencial que tem vindo a marcar passo desde o *Caso Leur Bloem* (Ac. do T.J.U.E., de 17 de julho de 1997 – proc. C-28/95) em que, embora ainda de forma algo insipiente, já se fazia notar a preocupação em fazer uma rigorosa aplicação do Princípio do Abuso, agora adaptado à consagração que dele foi feita no art. 15.º n.º 1 – na altura 11.º n.º 1 a) - da Diretiva das Fusões, designadamente no facto de, também aqui, não se “saltar por cima” do elemento normativo (incorporado no objetivo e refletido no requisito da artificialidade, relembre-se) definindo bem o escopo das normas potencialmente elididas – neste caso as da Diretiva – como se pode ver no par. 12 do acórdão.¹⁴⁸

Como já foi explicado, as normas antiabuso que aparecem nas Diretivas Europeias – em particular na que acabámos de referir – assumem já um caráter, senão especial, pelo menos setorial, o que implica que não fosse necessário analisar detalhadamente todos e cada um dos pressupostos e elementos que compunham o Princípio Europeu do Abuso, sendo possível “saltar” diretamente para os conceitos presentes nestas normas que melhor concretizam esses elementos. No caso em apreço, os acórdãos giravam, portanto, muito em torno da densificação do conceito de “razões comerciais válidas” que vinha dar alguma concretização ao elemento objetivo na vertente do requisito da artificialidade, mas que ainda assim permanecia um conceito indeterminado que necessitava do labor jurisprudencial para precisar as suas fronteiras e reduzir a insegurança jurídica do sujeito passivo.

Foi essa a principal tarefa, não só daquele acórdão mais antigo (*Leur Bloem*), mas de todos os que apareceram na cronologia jurisprudencial sobre este assunto. É o caso, designadamente, dos *Casos Kofoed* (Ac. do T.J.U.E., de 5 de julho de 2007 – proc. C-321/05),¹⁴⁹ *Zwijnenburg* (Ac. do T.J.U.E., de 20 de maio de 2010 – proc. C-352/08), *Foggia* (Ac. do T.J.U.E., de 10 de novembro de 2011 – proc. C-126/10), *Euro Park*

¹⁴⁸ O mesmo sucede nos restantes acórdãos, aqui citados, sobre esta matéria.

¹⁴⁹ Este acórdão aborda uma outra questão muito interessante, que infelizmente não é convocada no âmbito do presente trabalho mas da qual gostaríamos de deixar nota. Trata-se dos tradicionais problemas de transposição, aqui aplicados à regra do abuso. Discute-se no acórdão a legitimidade de um E.M. – neste caso a Dinamarca - se servir da justificação do abuso sem ter transposto para a ordem interna o dispositivo da Diretiva que o consagra.

Service (Ac. do T.J.U.E., de 8 de março de 2017 – proc. C-14/16), para citar apenas alguns exemplos.¹⁵⁰

Todos eles apresentam traços em comum, tais como o acima descrito da densificação do conceito indeterminado de “razões comerciais válidas”; a preocupação em alertar para o facto de, na apreciação desse conceito, não deverem ser excluídas automaticamente categorias de casos, por motivos de proporcionalidade, devendo sempre existir uma apreciação casuística e individual de cada situação potencialmente abusiva; a premência de analisar sempre as operações que possam levar à elisão na sua globalidade, ou seja numa lógica de “step-by-step”¹⁵¹; a autorização e até incentivo a que os E.M.s adotem disposições internas que contenham um conceito equivalente ao utilizado pela Diretiva com a presunção – sempre elidível – de que caso as operações não sejam efetuadas no âmbito de “razões comerciais válidas” elas são potencialmente abusivas; entre outras alusões importantes.

c) Jurisprudência em matéria de tributação indireta harmonizada (I.V.A.)¹⁵²

Em sede de I.V.A. é possível encontrar jurisprudência ainda mais sólida, embora tenha vindo a desenvolver-se, aprofundar-se e aperfeiçoar-se ao longo do tempo, sendo de notar pequenas oscilações. Talvez pelo facto de a jurisprudência relativa ao abuso em

¹⁵⁰ Uma referência também ao Caso Andersen og Jensen (Ac. do T.J.U.E. de 15 de janeiro de 2002 – proc. C-43/00), apenas para ver como ele “shows that an anti-abuse rule is not always needed to dispose of legal manoeuvres by taxpayers intending to enjoy Directive benefits not intended for them. Sometimes rational interpretation of Directive terms suffices.” (TERRA & WATTEL, *European Tax Law*, 2012, p. 355).

¹⁵¹ Embora tal doutrina, de origem britânica, não seja diretamente invocada nos acórdãos do T.J.U.E. – ao contrário do que acontece a nível nacional, designadamente em Portugal – percebe-se pelo enquadramento relativo à necessidade de uma “apreciação global da (...) operação” (por exemplo em Leur Bloem, par. 48 b)) que o T.J.U.E. dá importância a este exercício e método detalhado. Também no Caso Zwiijnenburg fica expressa esta ideia na passagem “as autoridades nacionais competentes não se podem limitar a aplicar critérios gerais predeterminados, mas devem proceder, caso a caso, a uma análise global da operação” (par. 44), constando a mesma citação do par. 37 de Foggia. Existe, aliás, doutrina que reconhece a existência deste mecanismo no âmbito comunitário como é o caso de RAMI KARIMERI, “A Critical Review of the Definition of Tax Avoidance in the Case Law of the European Court of Justice”, in *Intertax*, 2011, 6/7, p. 300.

¹⁵² Nesta sede importa deixar nota de que o Princípio do Abuso sempre esteve intimamente conexionado com o da neutralidade fiscal em matéria de I.V.A.. Veja-se como através da seguinte passagem do Caso Weald Leasing: “a circunstância de as operações em causa não terem sido realizadas no quadro de transacções comerciais normais não era suficiente para se concluir pela existência de uma prática abusiva, uma vez que a vantagem fiscal obtida pelo grupo Churchill através dessas operações não era contrária ao princípio da neutralidade fiscal ou a qualquer outra disposição da Sexta Directiva” (par. 22).

sede de I.V.A. ter trilhado este caminho mais individual existam autores¹⁵³ que veem aqui um princípio autónomo de abuso, visão de que não partilhamos¹⁵⁴ pelos motivos *supra* expostos (ponto 4.1.1).

No entanto, reconhecemos haver aqui um estilo próprio de análise que se denota em vários acórdãos de que são exemplo o *Caso Halifax* (Ac. do T.J.U.E., de 21 de fevereiro de 2006 – proc. C-255/02), o *Caso Part Service* (Ac. do T.J.U.E., de 21 de fevereiro de 2008 – proc. C-425/06), o *Caso Ampliscientifica* (Ac. do T.J.U.E., de 22 de maio de 2008 – proc. C-162/07), o *Caso Weald Leasing* (Ac. do T.J.U.E., de 22 de dezembro de 2010 – proc. C-103/09) e o *Caso Newey (Ocean Finance)* (Ac. do T.J.U.E., de 20 de junho de 2013 – proc. C-653/11).

A este respeito, e não obstante algumas variações de entendimento, pode dizer-se que toda esta jurisprudência apresenta como traço comum a análise do Princípio Europeu do Abuso à luz deste tipo de imposto – I.V.A. – e legislação que o enquadra.¹⁵⁵

Como se nota pela leitura dos acórdãos, foi-se desenvolvendo um conceito que permite densificar um pouco melhor a regra ampla contida no art. 131.º da 6.ª Diretiva, que é o de “operações comerciais normais” e foi, efetivamente, este o principal contributo que estes desenvolvimentos jurisprudenciais vieram dar não só à análise do abuso em particular em sede de I.V.A., como também à análise do abuso em geral, que passou então a poder socorrer-se de conceitos já identificados e densificados setorialmente. Na realidade é aquele conceito que densifica, no caso da cláusula antiabuso setorial presente na Diretiva do I.V.A., o requisito da artificialidade – necessário, como temos vindo a frisar, em qualquer conduta que se repute abusiva.

¹⁵³ Era o caso, nomeadamente, de RITA DE LA FERIA até ao surgimento do *Caso Newey (Ocean Finance)*, a partir do qual passou a considerar que “Como possível explicação para a decisão em apreço poderá aventar-se a eventual tentativa do Tribunal em aproximar as perspectivas de análise da temática do abuso em matéria de IVA das demais áreas de Direito Europeu (mormente em sede de fiscalidade directa)” (RITA DE LA FERIA & MÁRIO COSTA SILVA, “O impacto de Ocean Finance no conceito de Abuso do Direito para efeitos de IVA. Comentário ao acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia no processo *Newey (Ocean Finance)* (Processo C-653/11), de 20 de Junho de 2013, Tribunal de Justiça, Terceira Secção (Relator Juiz C. Toader)”, in *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, 2013, 3, p. 345) reiterando inclusive que essa uniformização é desejável, tal como nós defendemos.

¹⁵⁴ E neste mesmo sentido vão os par.s 62 e 63 do *Caso Halifax*.

¹⁵⁵ Exceção feita a acórdãos mais recentes como o *Caso Surgicare* (Ac. do T.J.U.E., de 12 de fevereiro de 2015 - proc. C-662/13) em que, apesar de se estar a apreciar uma questão fundamentalmente processual (se existe ou não obrigatoriedade de iniciar o procedimento administrativo português prévio caso a Autoridade Tributária suspeite de uma prática abusiva), era, a nosso ver, fundamental para a decisão do mérito da causa perceber se tinha havido efetivamente abuso ou não e, neste domínio, além de uma enorme confusão conceptual entre abuso e fraude, o tema apenas é abordado de uma perspetiva nacional, estabelecendo-se pouca conexão com o Princípio do Abuso europeu aplicado à matéria do I.V.A..

Como se vê num balanço global, apesar de se tratar de um princípio unitário, verificava-se ainda algum grau de incoerência no seu tratamento, que era preciso corrigir.

O que se pedia era a segurança jurídica do contribuinte. Foi nesse contexto que a Recomendação da Comissão de 6.12.2012 C(2012) 8806 relativa ao Planeamento Fiscal Agressivo veio sugerir a todos os E.M.s que adotassem uma C.G.A.A. com um conteúdo mínimo ali descrito, que embora ainda não consubstanciasse a descrição perfeita de cláusula que os E.M.s deveriam conter na respetiva legislação – daí tratar-se apenas de uma recomendação – representou já um importante contributo para a positivação e definição mais precisa das fronteiras do princípio do abuso.

4.1.2 A C.G.A.A. recomendada pela Comissão em 2012

Começamos a perceber que há uma vontade crescente de densificar e uniformizar o conteúdo do Princípio do Abuso quando, em 06 de dezembro de 2012 a Comissão emite a Recomendação C(2012) 8806¹⁵⁶ relativa ao Planeamento Fiscal Agressivo, com o seguinte teor na parte que nos importa (ponto 4.2):

Uma montagem artificial ou uma série de montagens artificiais criadas com o objetivo essencial de evitar a tributação e que conduza a um benefício fiscal deve ser ignorada. As autoridades nacionais devem tratar essas montagens para efeitos fiscais tendo como base a sua realidade económica. (Sublinhado nosso).¹⁵⁷

O que acabamos de descrever, no fundo, mais não é do que um protótipo de C.G.A.A. ou, pelo menos, algumas linhas orientadoras e auxiliares à consagração de

¹⁵⁶ Recomendação reforçada nos pontos 6 a 10 do documento da Comissão Europeia *Platform For Tax Good Governance - Discussion Paper on the Recommendation on Aggressive Tax Planning* e inserida no âmbito e sequência de uma contemporânea Comunicação da Comissão Europeia intitulada «Plano de Ação da Comissão Europeia para reforçar a luta contra a fraude e evasão fiscais» (COM (2012) 722 final), também de 6 de dezembro de 2012; sendo que já anteriormente a Comissão Europeia havia apresentado “uma relevante comunicação relativa à aplicação de medidas anti-abuso na área da tributação directa” – como a descreve CLOTILDE PALMA, no seu artigo “A Comunicação da Comissão Europeia sobre a aplicação de medidas anti-abuso”, in *TOC*, 2009, 114, p. 40 – que é a Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu e ao Comité Económico e Social Europeu sobre a aplicação de medidas anti-abuso na área da tributação directa (COM/2007/0785 final). Para um maior desenvolvimento sobre todo o trabalho desenvolvido pela U.E. em torno destas preocupações, antes de depois da publicação dos Relatórios B.E.P.S., v. AXEL CORDEWENER, “Anti-Abuse Measures in the Area of Direct Taxation: Towards Converging Standards under Treaty Freedoms and EU Directives?”, in *EC Tax Review*, 2017, 2, p. 60.

¹⁵⁷ Cláusula idêntica foi ensaiada no art. 13.º da Proposta de Diretiva do Conselho que aplica uma cooperação reforçada no domínio do imposto sobre as transações financeiras, de 14.02.2013, COM(2013) 71 final, o que demonstra uma intenção da U.E. em prosseguir no sentido exatamente ali traçado.

instrumentos deste tipo ao nível dos ordenamentos internos. Era precisamente este o escopo pretendido pela referida Recomendação: aconselhar aos E.M.s a adoção de uma C.G.A.A. com, pelo menos, este conteúdo comum. Ela servia¹⁵⁸ na verdade, um duplo objetivo: positivar o Princípio do Abuso¹⁵⁹ de modo a reduzir a sua imprevisibilidade, por um lado; e incentivar os EMs, não só a adotarem uma Cláusula Geral (no caso daqueles que ainda não a tivessem, dada a potencial incapacidade das cláusulas específicas para acompanhar o ritmo alucinante do planeamento fiscal abusivo), como a uniformizarem as respetivas cláusulas gerais internas¹⁶⁰ (para os que já as tinham, ou pretendiam adotar)¹⁶¹ assim “evita[ndo] a complexidade da coexistência de inúmeras regras diferentes”¹⁶² como refere a própria Recomendação.¹⁶³

Apesar de não se poder afirmar que se estivesse já nessa altura perante um modelo plenamente acabado de C.G.A.A., atribuímos todo o mérito ao passo “gigante” que esta Recomendação representou enquanto “rampa de lançamento” para todo o movimento

¹⁵⁸ Acerca da necessidade de uma C.G.A.A. que positive o Princípio Geral do Abuso, v. ANA PAULA DOURADO, *Lições de Direito Fiscal Europeu – Tributação Directa*, 2010, pp. 161 e 162, deixando aqui a frase elucidativa de que “a cláusula geral anti-abuso é um instrumento formal que utiliza o princípio do abuso como instrumento interpretativo, e deste modo define o alcance e fronteiras das disposições fiscais ou com repercussões em matéria fiscal”.

¹⁵⁹ É por isso que ANA PAULA DOURADO afirma que “The design of the GAAR in the Recommendation aims to follow the ECJ case-law on abuse” no seu artigo “Aggressive Tax Planning in EU Law and in the Light of BEPS: The EC Recommendation on Aggressive Tax Planning and BEPS Actions 2 and 6”, in *Intertax*, 2015, 1, p. 53.

¹⁶⁰ Acerca da interessante temática da competência do T.J.U.E. para apreciar situações (ainda que meramente internas) surgidas ao abrigo das novas - múltiplas mas comuns – C.G.A.A.s por influência da Recomendação, remetemos para ANA PAULA DOURADO, “Aggressive Tax Planning in EU Law and in the Light of BEPS: The EC Recommendation on Aggressive Tax Planning and BEPS Actions 2 and 6”, in *Intertax*, 2015, 1, p. 54.

¹⁶¹ Sim porque como refere RITA DE LA FERIA, em “Prohibition of Abuse of Community Law: The Creation of a New General Principle of EC Law through Tax”, in *Common Market Law Review*, 2008, 2, p. 395, “abuse of rights is not a concept familiar to the legal systems of all Member States. Some domestic legal systems include the principle, others not”.

¹⁶² Preocupação manifestada também em LEIF MUTÉN, “The effects of ECJ rulings on Member States’ direct tax law – Introductory speech”, in *Towards a Homogeneous EC Direct Tax Law – An Assessment of the Member States – Responses to the ECJ’s Case Law*, 2007, p. 39 e ALEXANDRE SAYDÉ, *Abuse of EU Law and Regulation of the Internal Market*, 2014, p. 32. Para combater esta enorme diversidade, defende MARTIN POULSEN que independentemente da cláusula recomendada e por maioria de razão com base nela, “EU law concept of abuse constitutes an important benchmark in terms of defining situations in which Member States are legitimately allowed to deny access to treaty/directive benefits” (“Treaty/Directive Shopping and Abuse of EU Law”, in *Intertax*, 2013, 4, p. 230). Pode ser encontrada uma breve descrição e comparação de algumas das diferentes C.G.A.A. europeias em MARCIANO GODOI, *Fraude a la ley y conflicto en la aplicación de las leyes tributárias*, 2005, pp. 133 e ss. e AA.VV. “Abuse of Tax Law across Europe”, in *EC Tax Review*, 2010, 2/3, pp. 85 a 96 e 123 a 137, assim como das medidas que eram adotadas em sede de elisão em geral, em vários países, numa época mais recuada (interessante para fazer a contraposição com a evolução atual) em J. F. AVERY JONES, *Tax Havens and Measures Against Tax Evasion and Avoidance in the EEC*, 1974.

¹⁶³ No seu considerando n.º 8, p. 3.

subsequente no campo do combate ao abuso, que continua em movimento e está longe de se dar por terminado.

Aliás, podemos mesmo afirmar que determinados requisitos da norma que criticaremos infra aquando da análise da A.T.A.D., estavam de certa forma salvaguardados nesta cláusula recomendada pela Comissão. Referimo-nos, essencialmente, aos excertos sublinhados correspondentes aos elementos “finalidade do negócio” (*com o objetivo essencial*) e “normativo” (*montagem artificial*).¹⁶⁴ Acreditamos que o “passo atrás” dado pelo art. 6.º da A.T.A.D. relativamente a esta cláusula recomendada – a qual, em nosso entender, contava com uma redação mais fiel ao Princípio do Abuso tal como tem vindo a ser delineado pela jurisprudência do T.J.U.E., umas vezes de forma mais coerente do que de outras admitimos, ao longo do tempo - encontra justificação na influência B.E.P.S. que a U.E. tem sofrido e na vontade de alinhar mais de perto com a orientação internacional predominante, embora ainda assim não sofra exatamente dos mesmos defeitos da regra P.P.T. como se verá.

O teor da dita Recomendação teve, no mínimo, a virtualidade de passar a escrito os grandes pilares que enformam o Princípio do Abuso, identificando um conteúdo mínimo a ser tido por essencial por todos os E.M.s. Embora configurasse, tal como o próprio nome indica, uma mera Recomendação, uma espécie de *soft law* ou aconselhamento aos E.M.s, foi, em nosso entender, extremamente útil para que toda a comunidade fosse preparando a reflexão sobre este tema fulcral da fiscalidade atual e funcionou sem dúvida como um importante *back ground* para tudo o que foi feito posteriormente e continua a sê-lo, como se disse.

Acima de tudo, a nosso ver, teve o enorme mérito de vir clarificar o papel central do conceito de artificialidade. Embora houvesse tradição jurisprudencial na U.E. no sentido de ter bastante em conta este elemento, havia ainda possibilidade de se considerar que

¹⁶⁴ Embora, como se verá em sede própria, estes aparentes retrocessos não tenham tanta gravidade na C.G.A.A. europeia como vimos terem na regra P.P.T. uma vez que a primeira consagra o conceito de “artificialidade” mas utilizando apenas diferente designação semântica que pode até auxiliar a concretizar aquele conceito indeterminado, por um lado, e por outro o facto de a nova C.G.A.A. europeia se referir a “finalidade principal ou uma das finalidades principais” acaba por ficar com o grau de insegurança jurídica que aparentemente comporta a um nível francamente mais reduzido, precisamente porque conta com o auxílio do conceito de artificialidade – concretizado no caráter não genuíno da conduta, como se verá – que evita qualquer risco de arbitrariedade por parte da aplicação da cláusula pela A.T. e respetiva apreciação pelos tribunais, salvaguarda essa com que a regra P.P.T. não conta, como se viu e que além destes apresenta outros e importantes problemas. A questão será devidamente aprofundada (no ponto 4.2 que se segue) mas fizemos questão de deixar desde já esta chamada de atenção para que não se pense que houve um retrocesso total na A.T.A.D. face a todo o histórico jurisprudencial europeu por mera influência do Projeto B.E.P.S..

não resultava absolutamente clara a sua centralidade, o seu papel principal no equacionamento do abuso. A partir da publicação da Recomendação dissipam-se quaisquer dúvidas que restassem a esse respeito.

É, em larga medida, desta clareza que vive o grande distanciamento do labor desenvolvido em paralelo na U.E. e na O.C.D.E., no âmbito B.E.P.S. como se verá.

4.2 A C.G.A.A. da A.T.A.D. de 2016

As constantes movimentações a nível internacional – especialmente no seio do Projeto B.E.P.S. promovido pela O.C.D.E. – no que toca à empenhada tarefa de combate às práticas elisivas subjacentes às transações em todo o mundo não puderam deixar a U.E. indiferente, sendo evidente que deixava progressivamente de ser suficiente deixar à discricionariedade dos E.M.s adotarem ou não C.G.A.A.s internas e os concretos moldes em que o fizessem, correndo o risco de não verterem plenamente os ensinamentos do acervo jurisprudencial do T.J.U.E. já existente nesta matéria.¹⁶⁵

O notório trabalho que sempre veio a ser desenvolvido pelo ordenamento Europeu em torno do abuso fiscal, de cuja evolução se deu conta nas páginas anteriores – desde a mera enunciação de um princípio a nível jurisprudencial até à existência de um documento oficial que o passa a escrito e lhe dá forma de Recomendação aos E.M.s. – sofreu recentemente um impulso ou estímulo ainda maior. Ao apercebermo-nos de que a preocupação com as práticas de evitação fiscal atingiu uma dimensão de escala global, compreendemos a importância de esta organização de carácter regional acompanhar tal evolução incessante, garantindo que tudo funciona bem a esse nível dentro da U.E..

O mecanismo encontrado para melhor responder a esta necessidade de acompanhamento, ou seja, “to tackle tax avoidance and abusive practices in the European internal market”¹⁶⁶ - ombreando com o tratamento dado às questões abordadas no projeto B.E.P.S. da O.C.D.E. e alinhando com as preocupações que a

¹⁶⁵ Como relembra TOBIAS FRANZ, em “The General Anti-Abuse Rule Proposed by the European Commission”, in *Intertax*, 2015, 2, p. 663, “The Commission regards national provisions in the area of tax avoidance as not sufficient, ‘especially due to the cross-border dimension of many tax planning structures and the increased mobility of the capital and persons’.”

¹⁶⁶ Como explicam AITOR NAVARRO, LEOPOLDO PARADA & PALOMA SCHWARZ, na p. 117 do seu artigo “The Proposal for an EU Anti-avoidance Directive: Some Preliminary Thoughts”, in *EC Tax Review*, 2016, 3, embora ao tempo da escrita deste artigo existisse apenas uma proposta de Diretiva, que sofreu algumas alterações face ao texto final da A.T.A.D. – a Proposta de Diretiva do Conselho que estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal que afetam diretamente o funcionamento do mercado interno, COM (2016) 26 final, de 28.01.2016.

própria U.E. já apresentava em setores específicos de tributação como é o caso da intenção de consolidação da matéria coletável comum do imposto sobre as sociedades^{167/168} - foi a publicação, em 28 de janeiro de 2016, de um bloco de medidas que a doutrina tem apelidado de “E.U. anti tax avoidance package”¹⁶⁹ composto por quatro instrumentos:

- 1) a Diretiva (U.E.) 2016/1164 do Conselho, de 12 de julho de 2016, que estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal que tenham incidência direta no funcionamento do mercado interno – COM (2016) 23 final;
- 2) a Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho sobre uma estratégia externa para uma tributação efetiva – COM (2016) 24 final;
- 3) a Proposta de alteração da Diretiva do Conselho que altera a Diretiva 2011/16/UE no que respeita à troca automática de informações obrigatória no domínio da fiscalidade – COM (2016) 25 final; e

¹⁶⁷ Referimo-nos ao projeto C.C.C.T.B. - *Common Consolidated Corporate Tax Base* (em português, M.C.C.C.I.S. - matéria coletável comum consolidada do imposto sobre as sociedades) que visa atingir a máxima equidade, por um lado, e eficácia, por outro, da tributação dos lucros das empresas, a fim de distribuir a carga fiscal equitativamente, para promover o crescimento sustentável e o investimento, diversificar as fontes de financiamento da economia europeia, e para reforçar a competitividade no âmbito do mercado único, através de uma atuação coordenada. Observam-se, neste âmbito, as mesmas preocupações que estão subjacentes ao movimento europeu antiabuso, alvo da nossa investigação: garantir que a tributação é real e efetiva, tentando simultaneamente assegurar a equidade e liberdade desejáveis dentro do mercado interno. Apenas a título de esclarecimento – uma vez que se trata de uma questão paralela à nossa investigação e que não será aqui estudada – esta antiga preocupação de consolidação das bases tributárias das empresas foi recentemente relançada com a Proposta de Diretiva do Conselho relativa a uma matéria coletável comum consolidada do imposto sobre as sociedades (MCCCIS), de 25.10.2016, precedida da comunicação da Comissão sobre um plano de ação para um sistema de tributação das sociedades justo e eficaz na União Europeia, adotado em 17 de junho de 2015 que veio a culminar naquela proposta, instrumentos dos quais se pode saber mais, por exemplo, consultando os autores LUCA CERIONI, “The Commission’s Proposal for a CCCTB Directive: Analysis and Comment”, in *Bulletin for International Taxation*, 2011, 9 e JESPER BARENFELD, “A Common Consolidated Corporate Tax Base in the European Union – A beauty or a beast in the quest for tax simplicity”, in *Bulletin for International Taxation*, 2007, 7.

¹⁶⁸ Clarificando esta interação de instrumentos, consta no Comunicado de imprensa do Conselho da U.E., Elisão fiscal das empresas: Conselho define posição sobre as regras antielisão fiscal, de 21.06.2016, que “A diretiva assegurará que as medidas anti-BEPS da OCDE sejam aplicadas de forma coordenada na UE, inclusive por sete Estados-Membros que não são membros da OCDE. Além disso, na pendência de uma proposta revista da Comissão relativa a uma matéria coletável comum consolidada do imposto sobre as sociedades (MCCCIS), a diretiva tem em conta os debates do Conselho da EU realizados no Conselho desde 2011 sobre uma proposta existente relativa à MCCCIS. Três dos cinco domínios abrangidos pela diretiva aplicam as boas práticas da OCDE, nomeadamente as regras de limitação dos juros, as regras relativas às SEC e as regras relativas às assimetrias híbridas. Os dois outros domínios, ou seja, a regra antiabuso e as regras de tributação à saída, tratam dos aspetos da proposta MCCCIS relacionados com a BEPS.”

¹⁶⁹ Designadamente ANA PAULA DOURADO, que tem um artigo precisamente com o nome “The EU Anti Tax Avoidance Package: Moving Ahead of BEPS?”, in *Intertax*, 2016, 6, p. 440; e também AITOR NAVARRO, LEOPOLDO PARADA & PALOMA SCHWARZ, por exemplo na p. 117 do seu artigo “The Proposal for an EU Anti-avoidance Directive: Some Preliminary Thoughts”, in *EC Tax Review*, 2016, 3.

- 4) a Recomendação (UE) 2016/136 da Comissão de 28.1.2016 relativa à aplicação de medidas contra práticas abusivas em matéria de convenções fiscais – C(2016) 271 final.

Todos concorrem rumo a um objetivo comum: encetar um “combate europeu” às práticas elisivas em matéria fiscal, mas relativamente a diferentes matérias. Os instrumentos que interessam ao nosso estudo são os que contam, na sua formulação, com cláusulas gerais antiabuso que acomodem o requisito da artificialidade: o ponto 1) para as condutas abusivas em geral e o ponto 4) para as condutas abusivas praticadas em matéria de convenções fiscais internacionais.

Apesar de a U.E. ter previsto especificamente um mecanismo de “acolhimento” da regra P.P.T. sugerida na Ação 6 do Projeto B.E.P.S. para efeitos do ordenamento Europeu – a Regra Geral Antielisão baseada numa Avaliação do Objetivo Principal (presente no ponto 3 da Recomendação (UE) 2016/136 da Comissão, de 28 de janeiro de 2016, relativa à aplicação de medidas contra práticas abusivas em matéria de convenções fiscais – prevista na al. 4) supra)^{170/171} - preferimos não o analisar em primeiro plano, optando antes por conferir papel de destaque à C.G.A.A. europeia presente no art. 6.º da A.T.A.D.¹⁷² (analisado infra). Apesar de a primeira hipótese poder ter a vantagem de “comparar” duas normas com o mesmo âmbito objetivo de aplicação, comporta dois inconvenientes que nos levaram a remeter a sua análise para

¹⁷⁰ 2. REGRA GERAL ANTELISÃO BASEADA NUMA AVALIAÇÃO DO OBJETIVO PRINCIPAL
Sempre que os Estados-Membros, nas convenções fiscais que tenham celebrado entre si ou com países terceiros, incluam uma regra geral antielisão baseada numa avaliação do objetivo principal em aplicação do modelo previsto no Modelo de Convenção Fiscal da OCDE, os Estados-Membros são incentivados a incluir nessas convenções a seguinte alteração: «Sem prejuízo das demais disposições da presente Convenção, não deve ser concedido um benefício ao abrigo da mesma, no que diz respeito a uma parcela do rendimento ou capital, se for razoável concluir — tendo em conta todos os factos e circunstâncias pertinentes — que a obtenção desse benefício foi um dos principais objetivos de qualquer acordo ou transação que tenha resultado, direta ou indiretamente, nesse benefício, salvo se se comprovar que ele reflete uma verdadeira atividade económica ou que a concessão desse benefício, nas presentes circunstâncias, estaria em conformidade com o objeto e a finalidade das disposições pertinentes da presente Convenção.»

¹⁷¹ Sobre este tema em particular v. OLEKSANDR KORIAK, “The Principal Purpose Test under BEPS Action 6: Is the OECD Proposal Compliant with EU Law?”, in *European Taxation*, 2016, 12.

¹⁷² Muito embora tenhamos plena consciência de que não faz parte do escopo da A.T.A.D. acolher a regra P.P.T. do B.E.P.S. no ordenamento Europeu – tarefa levada a cabo por outro instrumento (Recomendação), como se viu – frisando inclusive diversos autores (como ARNAUD DE GRAAF & KLAAS-JAN VISSER, “ATA Directive: Some Observations Regarding Formal Aspects”, in *EC Tax Review*, 2016, 4, p. 199) que a A.T.A.D. trata tanto de matérias previstas nas ações B.E.P.S. (híbridos, C.F.C.s, regras de limitação à dedutibilidade dos juros) como de matérias que não foram especificamente visadas em nenhuma daquelas ações, inserindo-se neste último grupo precisamente a C.G.A.A., a par das regras de tributação à saída.

segundo plano, a saber: (i) o facto de não se tratar de um instrumento vinculativo e, portanto, cuja análise não tem tanto impacto no desenvolvimento legislativo da U.E. como tem, ao invés, a análise da A.T.A.D. que é um instrumento de transposição obrigatória e (ii) o facto de - eventualmente por se destinar a vigorar meramente ao nível das C.D.T.s - não possuir um conteúdo que reflita tão bem a evolução histórica do princípio do abuso na U.E. como o faz a C.G.A.A. europeia que conta com um maior grau de detalhe a esse nível. Pesou também na nossa decisão o facto de a publicação da A.T.A.D. ser posterior à da dita Recomendação, o que torna possível que tenha havido um amadurecimento das reflexões em torno da transposição daquele raciocínio B.E.P.S. feito num momento mais precoce. Relembramos que a nossa única intenção é comparar os conceitos de “artificialidade” de cada um dos dispositivos, o que é possível fazer com qualquer cláusula geral antiabuso, não sendo necessário que as cláusulas em análise se reportem ao mesmo âmbito de aplicação. Além disso, a dita cláusula recomendada comporta, de resto, defeitos e virtudes similares aos da C.G.A.A. presente na A.T.A.D. uma vez que, apesar das naturais diferenças de redação e finalidade a que se destinam, também nesta regra geral recomendada pela Comissão para o âmbito das C.D.T.s, se faz referência a *um dos principais objetivos*, o que a nosso ver é opção pouco recomendável, como se constatará adiante, mas também nesta regra – à semelhança do que sucede com o art. 6.º da A.T.A.D. - esse constrangimento sai mitigado pelo facto de existir um conceito de artificialidade aqui expresso no excerto *reflete uma verdadeira atividade económica*, coisa que não sucede com a regra P.P.T.. Na versão em inglês da Recomendação, este último excerto aparece, inclusivamente, destacado a negrito e itálico, para que se note a diferença face à P.P.T., decorrente dos reflexos que toda a doutrina do abuso tem sobre esta cláusula e que se analisará com mais detalhe no âmbito da C.G.A.A. da A.T.A.D., fruto de todo o acervo jurisprudencial em torno do princípio do abuso. Por estes motivos, a comparação de contributos para o “melhor conceito de artificialidade”, será operada apenas entre a regra P.P.T. e aquela a que chamamos “C.G.A.A. europeia” (sem prejuízo de se poder fazer pontualmente referência à dita cláusula recomendada para as C.D.T.s estritamente quando se justifique), sendo que, apesar de a cláusula recomendada conter os reflexos do trabalho da U.E. em torno do abuso e, por isso, como se disse, já de si ser diferente da P.P.T. por mais completa (e daí também que quase tudo o que se diga da C.G.A.A. europeia seja também verdade para esta cláusula recomendada), consideramos que a C.G.A.A. europeia está ainda em melhores condições de fornecer pistas aos E.M.s sobre como

devem incorporar o conceito de artificialidade nas suas normas antiabuso, sejam internas, sejam de Convenções, não devendo fazê-lo, em nossa opinião e como se verá também, com recurso exclusivo aos ensinamentos B.E.P.S., pelos motivos que oportunamente se explorarão.

A A.T.A.D. dirige-se a situações em que grupos de empresas tiram partido das disparidades entre os sistemas fiscais nacionais com vista a reduzir a sua coleta global. Os contribuintes sujeitos ao imposto sobre as sociedades – o visado pela Diretiva – podem beneficiar de taxas de tributação baixas ou de duplas deduções fiscais, ou ainda assegurar que certas categorias de rendimentos não sejam tributadas, tornando-as dedutíveis numa jurisdição sem, no entanto, as incluírem na base tributável da outra jurisdição. Os resultados falseiam as decisões das empresas, correndo-se o risco de serem criadas situações de concorrência fiscal desleal.¹⁷³

Se, por um lado, evidencia uma legítima preocupação em demonstrar que a U.E. não “perdeu o comboio” do combate à elisão fiscal, continuando a par de todos os desenvolvimentos nesta área, ombreando com aquela instituição internacional e acompanhando-a nas inquietações e inovações que a este tema concernem; por outro, não deixa de fazer questão de assegurar as especificidades que devem ser tidas em conta, no âmbito legislativo, ao nível do ordenamento jurídico da União Europeia, devido sobretudo à sua singular exigência de coordenação das legislações internas dos 28 E.M.s, de modo a garantir que não colidem nem são incompatíveis com a legislação da União. No fundo, o que pretende este instrumento, tal como se indica seu considerando n.º 2 é fazer face à “necessidade de encontrar soluções comuns, mas flexíveis, a nível da União, coerentes com as conclusões da OCDE sobre a BEPS”¹⁷⁴ estabelecendo como uma das “prioridades políticas em matéria de fiscalidade internacional (...) garantir que o imposto é pago no país onde os lucros e o valor são gerados (...) [para, dessa forma,] restabelecer a confiança na equidade dos sistemas fiscais e permitir que os governos possam exercer eficazmente a sua soberania fiscal.”¹⁷⁵

¹⁷³ Cfr. Comunicado de imprensa do Conselho da U.E., “Elisão fiscal das empresas: Conselho define posição sobre as regras antielisão fiscal”, de 21.06.2016.

¹⁷⁴ P. 1 da Diretiva (U.E.) 2016/1164 do Conselho de 12 de julho de 2016 que estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal que tenham incidência direta no funcionamento do mercado interno – COM (2016) 26 final.

¹⁷⁵ *Idem*, p. 1.. No mesmo sentido vão ARNAUD DE GRAAF & KLAAS-JAN VISSER, em “ATA Directive: Some Observations Regarding Formal Aspects”, in *EC Tax Review*, 2016, 4, quando dizem que a “ATA

Tais desideratos são obtidos, no que toca às matérias tratadas por esta Diretiva, através de 5 domínios:¹⁷⁶

- 1) o estabelecimento de regras de limitação à dedutibilidade dos juros;^{177/178}
- 2) o estabelecimento de regras de tributação à saída;^{179/180}
- 3) a aprovação de uma Regra Geral Antiabuso;^{181/182}

Directive aims to ensure within the EU that income tax is paid where profits and value is generated” (p. 203).

¹⁷⁶ Tendo sido inicialmente equacionado um sexto domínio, que não chegou a ficar consagrado no texto da A.T.A.D. devido essencialmente a dificuldades levantadas pelo ordenamento holandês, respeitante a uma “Cláusula de switch-over” que continha, no essencial, o seguinte teor: *Os Estados-Membros não devem isentar um contribuinte da tributação dos rendimentos gerados no estrangeiro recebidos pelo contribuinte sob a forma de distribuição de lucros de uma empresa situada num país terceiro, do produto da alienação de ações ou quotas detidas numa empresa situada num país terceiro ou de rendimentos provenientes de um estabelecimento estável situado num país terceiro, quando a empresa ou o estabelecimento estável estiver sujeito, no país de residência da empresa ou no país onde se situa o estabelecimento estável, a um imposto sobre os lucros a uma taxa legal do imposto sobre as sociedades inferior a 40 % da taxa legal de imposto que seria aplicada ao abrigo do regime do imposto sobre as sociedades aplicável no Estado-Membro do contribuinte. Nestas circunstâncias, o contribuinte deve ser tributado pelos rendimentos gerados no estrangeiro, podendo deduzir o imposto pago no país terceiro da sua carga fiscal no seu Estado de residência para efeitos fiscais. A dedução não deve exceder o montante do imposto, calculado antes da dedução, correspondente aos rendimentos que podem ser tributados.* – v. Proposta de Diretiva do Conselho que estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal que afetam diretamente o funcionamento do mercado interno, COM (2016) 26 final, de 28.01.2016. Para mais detalhes sobre este assunto v. ISABELLA DE GROOT, “The Switch-Over Provision in the Proposal for an Anti-tax Avoidance Directive and Its Compatibility with the EU Treaty Freedoms”, in *EC Tax Review*, 2016, 3.

¹⁷⁷ Justifica-se porque é prática recorrente os grupos multinacionais financiarem entidades do grupo situadas em jurisdições que aplicam um nível de tributação mais elevado através da dívida, fazendo com que essas empresas reembolsem juros inflacionados às filiais residentes em jurisdições de baixa tributação. O resultado é uma coleta fiscal reduzida para o grupo no seu conjunto. A diretiva visa desencorajar essa prática limitando o montante dos juros que o contribuinte tem direito a deduzir durante um determinado exercício fiscal.

¹⁷⁸ Por via do art. 4.º da A.T.A.D. que estabelece um limite máximo de dedução dos gastos excessivos com empréstimos correspondente a 30% dos resultados dos contribuintes antes de juros, impostos, depreciações e amortizações (E.B.I.T.D.A.), de forma a desencorajar a tendência que se tem verificado nos contribuintes de erodir as bases fiscais através de pagamentos excessivos de juros. A Ação da O.C.D.E. no âmbito do projeto B.E.P.S. que trata paralelamente deste tema é a n.º 4, tendo fornecido importantes contributos para a consagração da referida regra na Diretiva. Para uma análise crítica à redação adotada para esta cláusula na A.T.A.D. v. por exemplo, AITOR NAVARRO, LEOPOLDO PARADA & PALOMA SCHWARZ, “The Proposal for an EU Anti-avoidance Directive: Some Preliminary Thoughts”, in *EC Tax Review*, 2016, 3, pp. 118 a 120.

¹⁷⁹ Justifica-se porque é prática recorrente os contribuintes sujeitos ao imposto sobre as sociedades tentarem reduzir a sua fatura fiscal transferindo a sua residência fiscal e/ou os seus ativos para uma jurisdição de baixa tributação. A tributação à saída previne a erosão da base tributável no Estado de origem quando os ativos que integram as mais-valias subjacentes não realizadas são transferidos, sem alteração de propriedade, para fora da jurisdição fiscal desse Estado.

¹⁸⁰ Por via do art. 5.º da A.T.A.D. com o intuito de, caso um contribuinte transfira ativos ou a sua residência fiscal para fora da jurisdição fiscal de um Estado, esse Estado tribute o valor económico de quaisquer mais-valias geradas no seu território, mesmo que essas ainda não tenham sido realizadas no momento da saída. A Ação da O.C.D.E. no âmbito do projeto B.E.P.S. que trata paralelamente deste tema é a n.º 6 (secção A., 2, b) – pp. 89 e ss.), tendo fornecido importantes contributos para a consagração da referida regra na Diretiva. Para uma análise crítica à redação adotada para esta cláusula na A.T.A.D. v. por ex. AITOR NAVARRO, LEOPOLDO PARADA & PALOMA SCHWARZ, “The Proposal for an EU Anti-avoidance Directive: Some Preliminary Thoughts”, in *EC Tax Review*, 2016, 3, pp. 120 e 121.

- 4) o estabelecimento de regras relativas às sociedades estrangeiras controladas;^{183/184}
- 5) o estabelecimento de regras para combater as assimetrias híbridas.^{185/186}

Como se disse, todas estas regras trazidas pela nova Diretiva têm primordialmente em vista combater as práticas de elisão fiscal. No entanto, a que assume mais relevância para a presente investigação sobre a artificialidade das operações a nível tributário é a da regra geral antiabuso já que é a única válvula de escape que permite enquadrar operações artificiais ainda não completamente previstas pelo legislador. Embora as outras regras também se possam dirigir a esquemas artificiais, fazem-no em aspetos

¹⁸¹ Justifica-se com vista a colmatar lacunas que possam existir nas regras antiabuso específicas contra a elisão fiscal de um determinado país. Os regimes de planeamento fiscal das empresas podem ser muito complexos e a legislação fiscal geralmente não evolui com rapidez suficiente para incluir todas as defesas necessárias. A regra geral antiabuso permite, por conseguinte, que as autoridades fiscais recusem aos contribuintes o benefício de montagens fiscais abusivas.

¹⁸² Por via do art. 6.º da A.T.A.D., como se tem vindo a frisar, como forma de combater práticas fiscais abusivas que ainda não tenham sido objeto de disposições específicas. O que se encontra de mais aproximado ou equivalente a uma cláusula deste tipo no âmbito B.E.P.S. é a *P.P.T. rule* sugerida pela Ação 6 (secção A., 1, a), ii) – pp. 54 e ss.), tendo fornecido importantes contributos para a consagração da regra na Diretiva, ainda que indiretamente, como melhor se analisará adiante. Para uma análise crítica à redação adotada para esta cláusula na A.T.A.D. v. por ex. AITOR NAVARRO, LEOPOLDO PARADA & PALOMA SCHWARZ, “The Proposal for an EU Anti-avoidance Directive: Some Preliminary Thoughts”, in *EC Tax Review*, 2016, 3, pp. 123 a 125.

¹⁸³ Justifica-se uma vez que se tem verificado uma tendência dos grupos de empresas para a transferir grandes montantes de lucros para as filiais controladas em jurisdições de baixa tributação, a fim de ver reduzida a sua coleta global. Um mecanismo corrente consiste, numa primeira fase, em transferir a propriedade de ativos incorpóreos (por exemplo, propriedade intelectual) para a sociedade estrangeira controlada e, numa segunda fase, em transferir os pagamentos de *royalties*. As regras relativas às S.E.C. reatribuem à sociedade-mãe – geralmente sujeita a tributação mais elevada – os rendimentos de uma filial estrangeira controlada sujeita a baixa tributação.

¹⁸⁴ Por via dos arts. 7.º e 8.º da A.T.A.D., que têm por efeito reatribuir à sociedade-mãe os rendimentos de uma filial controlada sujeita a baixa tributação. A Ação da O.C.D.E. no âmbito do projeto B.E.P.S. que trata paralelamente deste tema é a n.º 3, tendo fornecido importantes contributos para a consagração das referidas regras na Diretiva. Para uma análise crítica à redação adotada para esta cláusula na A.T.A.D. v. por ex. AITOR NAVARRO, LEOPOLDO PARADA & PALOMA SCHWARZ, “The Proposal for an EU Anti-avoidance Directive: Some Preliminary Thoughts”, in *EC Tax Review*, 2016, 3, pp. 125 a 127.

¹⁸⁵ Justifica-se porque frequentemente os contribuintes sujeitos ao imposto sobre as sociedades tiram partido das disparidades entre os sistemas fiscais nacionais para reduzir a sua coleta global. Tais assimetrias levam frequentemente a uma dupla dedução (ou seja, deduções fiscais em ambos os países) ou à dedução dos rendimentos num país sem a sua inclusão na base tributável do outro.

¹⁸⁶ Por via do art. 9.º da A.T.A.D., que tem precisamente por objetivo combater as assimetrias híbridas que resultam das diferenças na qualificação jurídica dos pagamentos (instrumentos financeiros) ou das entidades e que se relevam na interação entre os ordenamentos jurídicos de duas jurisdições. O que se pretende é evitar os tradicionais efeitos que daqui derivam (dupla dedução ou dedução dos rendimentos num Estado sem inclusão na base tributável do outro), através do estabelecimento de regras segundo as quais uma das duas jurisdições envolvida numa assimetria, deverá recusar a dedução de um pagamento que conduza a esse resultado. A Ação da O.C.D.E. no âmbito do projeto B.E.P.S. que trata paralelamente deste tema é a n.º 2, tendo fornecido importantes contributos para a consagração da referida regra na Diretiva. Para uma análise crítica à redação adotada para esta cláusula na A.T.A.D. v. por ex. AITOR NAVARRO, LEOPOLDO PARADA & PALOMA SCHWARZ, “The Proposal for an EU Anti-avoidance Directive: Some Preliminary Thoughts”, in *EC Tax Review*, 2016, 3, pp. 127 a 130.

específicos e setoriais, sendo por isso genericamente consideradas como regras específicas antiabuso.

4.2.1 Decomposição da C.G.A.A. presente na A.T.A.D.

Tal como acima dito, chegou-se neste momento a um estágio de desenvolvimento do ordenamento jurídico da U.E. que já permite a emissão de uma C.G.A.A. comum, a ser transposta e adotada uniformemente por todos os E.M.s, necessidade que se vinha fazendo sentir em face da falta de uniformidade das soluções consagradas ao nível deste tipo de instrumentos em cada E.M.. A redação da dita cláusula encontra-se no artigo 6.º da supra referida Diretiva (U.E.) 2016/1164 do Conselho de 12 de julho de 2016 que estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal que tenham incidência direta no funcionamento do mercado interno – COM (2016) 23 final (A.T.A.D.) e tem o seguinte teor:

Artigo 6.º

Regra geral antiabuso

1. Para efeitos do cálculo da matéria coletável das sociedades, os Estados-Membros devem ignorar uma montagem ou série de montagens que, tendo sido posta em prática com a finalidade principal ou uma das finalidades principais de obter uma vantagem fiscal que frustre o objeto ou a finalidade do direito fiscal aplicável, não seja genuína tendo em conta todos os factos e circunstâncias relevantes. Uma montagem pode ser constituída por mais do que uma etapa ou parte.

2. Para efeitos do n.º 1, considera-se que uma montagem ou série de montagens não é genuína na medida em que não seja posta em prática por razões comerciais válidas que reflitam a realidade económica.

3. Caso as montagens ou série de montagens não sejam tomadas em consideração nos termos do n.º 1, a coleta é calculada nos termos do direito nacional.

A nossa intenção é proceder, neste capítulo, ao mesmo tipo de análise encetado para a regra P.P.T. no ponto 3.2.1.1 supra. Não sendo a designação de cada um dos elementos o ponto central uma vez que, tal como referido naquela sede, é algo que pode variar entre a doutrina, e num espírito, portanto, de preferência de prevalência de substância sobre a forma, o que se pretende é decompor a C.G.A.A. europeia em

diversas partes – a que chamamos elementos – com vista a definir precisamente os vários aspetos que compõem a norma e explorar que características devem ter as condutas aptas a preencher cada um desses aspetos constitutivos da mesma. Este exercício interpretativo irá ajudar-nos a, mais do que explicitar em que casos se aplica uma C.G.A.A. (desafio pouco acessível uma vez que o intuito das C.G.A.A.s é cobrir precisamente situações futuras que o legislador ainda não teve capacidade de prever em norma especial), chegar ao grande objetivo final de, face à forma como esta regra se encontra construída – tanto na sua redação como no seu enquadramento interpretativo – fornecer contributos úteis para identificar justa e corretamente as situações abusivas - as situações verdadeiramente artificiais.

a) Resultado (“elemento objetivo”)

O elemento em análise pode ser encontrado na seguinte combinação de excertos da C.G.A.A.:

Para efeitos do cálculo da matéria coletável das sociedades (...) obter uma vantagem fiscal...

Trata-se do tradicional resultado almejado com o desenvolvimento de qualquer esquema abusivo: a obtenção de uma vantagem fiscal. E não encontrando no próprio texto da norma densificação maior do que esta, somos a considerar que a expressão abrange todo e qualquer tipo de vantagem fiscal.

As alíneas do ponto 4.7 da Recomendação da Comissão de 2012, enunciavam algumas possíveis vantagens (que pelo tipo de redação do ponto, consideramos¹⁸⁷ meramente exemplificativas), as quais entendemos poderem plenamente incluir-se na interpretação da nova C.G.A.A. da A.T.A.D. embora em termos a aferir casuisticamente, que resultem da comparação entre o montante do imposto devido pelo contribuinte à luz das montagens levadas a cabo com o montante que o mesmo contribuinte deveria pagar em circunstâncias idênticas na ausência das referidas montagens, designadamente através da verificação de alguma das seguintes ocorrências: (i) determinado montante não ser incluído na matéria coletável, (ii) o contribuinte

¹⁸⁷ Na linha de autores como TOBIAS FRANZ, “The General Anti-Abuse Rule Proposed by the European Commission”, in *Intertax*, 2015, 2, p. 665.

beneficiar de uma dedução, (iii) ser-lhe registada uma perda fiscal, (iv) não ser devida qualquer retenção na fonte ou (v) o imposto estrangeiro ser compensado.

A única particularidade, imposta pela própria norma como se verifica no excerto supra, é que essa vantagem fiscal se enquadre no âmbito do imposto sobre sociedades – em Portugal, o I.R.C.¹⁸⁸ – por ser esse o âmbito de aplicação objetivo visado, e por isso, para efeitos do cálculo da matéria coletável das sociedades, abrangendo todos os contribuintes sujeitos a esse imposto num E.M., incluindo filiais de sociedades de países terceiros.

b) Meio

Tendo-se constatado que foi obtido um resultado desejado – o benefício resultante da norma fiscal em causa, do qual o agente pretende usufruir – o passo seguinte é perceber por que meios se chegou a tal obtenção. Trata-se de uma espécie de caminho inverso de análise, do fim (resultado) para o início, de modo a que se possa compreender se, do conjunto de todos os passos dados até obter o efeito pretendido, a conduta se revelou artificial e, portanto, abusiva.

Em termos de raciocínio, este *iter* coincide com o percorrido na análise da regra P.P.T. e com o que deve ser feito no âmbito de qualquer mecanismo antiabuso. O que varia são as concretizações dadas pelo legislador na redação de cada norma antiabuso. No caso da C.G.A.A. europeia - como temos vindo a designá-la por comodidade de exposição – há que verificar se o resultado foi obtido com o auxílio de *uma montagem ou série de montagens*, trazendo-nos, desde logo, a parte final da norma, a clarificação adicional de que *Uma montagem pode ser constituída por mais do que uma etapa ou parte*.

À semelhança do que sucede para o primeiro elemento (resultado), também a análise do meio utilizado se trata de um exercício puramente objetivo, ainda sem considerações de censurabilidade e ainda sem que seja possível, nesta fase, apurar a artificialidade da conduta. Tal como se explicou quando se falou da regra P.P.T., são elementos que só por si não são suficientes para determinar o abuso, mas cujo preenchimento é essencial

¹⁸⁸ Regulado no C.I.R.C. (Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas) – D.L. n.º 442-B/88, de 30 de novembro.

para se avançar deste ponto de partida básico para a análise dos elementos mais complexos seguintes.

À primeira vista, a redação, neste ponto, da C.G.A.A. europeia pode parecer mais parca do que a regra P.P.T., essencialmente por não conter a referência a que a ligação entre as montagens levadas a cabo e o resultado obtido possa ser um reflexo direto ou indireto das primeiras no segundo. No entanto, em nosso entender, tal omissão não só não prejudica a norma como inclusive contribui para a sua clareza e correta aplicação. A nosso ver, e tal como procurámos expor no ponto equivalente ao presente no âmbito da regra P.P.T. (3.2.1.1 b) supra) – dizer que este nexo de causalidade entre meio e resultado pode ser indireto, ainda que porventura não seja esta a intenção do legislador pode conduzir à ideia de aceitação de recondução do abuso a situações de mera casualidade. Para que se ultrapasse este primeiro passo na escalada da classificação rumo ao apuramento de abuso, é essencial que se verifique um nexo direto e indesmentível entre a montagem levada a cabo e o resultado obtido. Ainda que nada esteja definido nesta fase em termos de rotulagem final como situação abusiva, pede-se no mínimo a indispensabilidade de uma relação direta de causa-efeito.

Com isto não se quer dizer que tenha que ocorrer violação evidente da norma, pois isso seria fraude e não abuso. Bem sabemos que abuso pressupõe sempre um contorno “indireto” da norma – apenas no seu espírito e não na sua letra.¹⁸⁹ O carácter indireto que reprovamos na equação do abuso nada tem a ver com este mecanismo, mas com a análise da ligação entre o meio e o fim. Aqui não pode haver uma ligação indireta e indefinida, tem que ficar desde logo provado que só se obteve determinado benefício porque se encetou determinada montagem ou, inversamente, não fora a dita montagem e não ocorreria, naquelas circunstâncias, a obtenção do benefício.

Já no que toca ao âmbito do conceito “montagem ou série de montagens” estamos de acordo com a visão B.E.P.S. que defende (para o conceito equivalente “arrangement or transaction”) que a mesma deve abranger, numa primeira abordagem, o maior leque possível de realidades que sejam suscetíveis de configurar veículos propiciadores da obtenção do benefício concedido por determinada norma¹⁹⁰ (aferindo-se apenas *a posteriori* se tal obtenção se deu por forma artificial, como se verá), de modo a não

¹⁸⁹ O carácter direto do nexo de causalidade não é contrariado por interposição de estruturas fictícias para ter sucesso na operação por exemplo, pois é precisamente nessa ficção que consiste o abuso, daí que seja equívoco utilizar a expressão “indiretamente”.

¹⁹⁰ Veja-se a lista que elencámos no ponto 3.2.1.1 b) supra com base no Relatório da Ação 6 do B.E.P.S.

correr o risco de, uma vez constatado o abuso, ele não ser reprimido porque se entende não caber no conceito de montagem determinada realidade.

Assim como consideramos essencial que não se qualifiquem como abusivas situações que efetivamente não o sejam, somos igualmente apologistas de que se clarifiquem todos os mecanismos legais de modo a não deixar de fora situações que efetivamente são abusivas pura e simplesmente devido a aspetos formais, por se considerar que não cabe no âmbito de um conceito determinada realidade, daí que o legislador tenha optado pela utilização destas fórmulas mais abrangentes. Esta perspetiva é corroborada pela própria Recomendação da Comissão, de 06.12.2012, relativa ao planeamento fiscal agressivo que, como se viu, serviu de antecâmara para a elaboração da Diretiva em estudo, a qual no seu ponto 4.3 explica que “entende-se por montagem qualquer transação, regime, medida, operação, acordo, subvenção, entendimento, promessa, construção ou eventualidade”.

c) Finalidade do negócio (“elemento subjetivo”)

No que toca ao elemento a que chamamos “finalidade do negócio” (pelos motivos de rejeição da subjetividade inextrincável que já explicámos acima no contexto B.E.P.S. e que servem da mesma forma para esta análise)^{191/192} é incontornável, a nosso ver, que a C.G.A.A. europeia sofre de fragilidade semelhante à que descrevemos para a regra P.P.T.: o facto de ser suficiente que a obtenção da vantagem decorrente da norma seja *uma das finalidades principais* – entre outras – da montagem levada a cabo.

Apesar de ter existido historicamente doutrina¹⁹³ e jurisprudência comunitária tanto neste sentido (da suficiência de que o objetivo de elisão fiscal se conte entre outros da mesma dimensão e importância, de que é exemplo o Caso Kofoed, tendo sido igualmente a opção escolhida para a redação das cláusulas antiabuso setoriais

¹⁹¹ Sendo que também no contexto da U.E. há uma posição oficial sobre o tema: a própria Recomendação da Comissão de 2012 veio clarificar, no seu ponto 4.5 que “a montagem ou a série de montagens tem por objetivo evitar a tributação sempre que, *independentemente de qualquer intenção subjetiva do contribuinte*, tal seja incompatível com o objetivo, o espírito e a finalidade das disposições fiscais que normalmente deveriam ser aplicadas” (itálico nosso).

¹⁹² Para dar apenas um exemplo clarificador deste ponto, dizia-se no Caso Emsland-Stärke que “a existência desse elemento subjetivo pode ser estabelecida, *inter alia*, pela evidência de conluio entre o exportador comunitário que recebe as restituições e o importador dos bens num estado não membro” (par. 52), não sendo necessário aferir da motivação íntima destes agentes em conluir-se ou não.

¹⁹³ Num primeiro momento muito dividida sobre este tema (v., por exemplo, FRANS VANISTENDAEL, “Halifax and Cadbury Schweppes: one single European theory of abuse in tax law?” in *EC Tax Review*, 2006, 4, p. 193 ou TERRA & WATTEL, *European Tax Law*, 2012, p. 482).

consagradas nas Diretivas sobre tributação direta parcialmente harmonizada¹⁹⁴), como no que defendemos (da exigência de que, embora não tenha que ser o único objetivo, o intuito da elisão fiscal tenha que se destacar como objetivo essencial, de que são exemplo os *Casos Part Service*, *Halifax* ou *Foggia*), foi, como se viu, a primeira a via escolhida para ser refletida no art. 6.º da A.T.A.D., provavelmente muito por influência também dos recentes trabalhos da O.C.D.E. no âmbito B.E.P.S., como já foi referido.¹⁹⁵ O facto de tanto a redação da Cláusula presente no texto da Recomendação de 2012, como a redação que constava inicialmente na Proposta de A.T.A.D. serem “com o objetivo essencial” e não “com a finalidade principal ou uma das finalidades principais” que foi a versão que acabou por ficar consagrada evidencia, no entanto, que a discussão sobre o tema não está estabilizada, fazendo sempre sentido questionar uma solução que não tomamos como a melhor, *maxime* quando o próprio legislador se mostra hesitante nas suas opções.

Como explicámos naquela sede, não concordamos com que se possa considerar abusiva uma conduta que embora tendo tido em mente o objetivo de poupança fiscal, o teve a par de outro(s) de igual ou superior importância para o empreendimento.¹⁹⁶ Partindo do pressuposto básico de que o ser humano faz escolhas racionais e com vista ao maior proveito próprio possível, consideramos estar-se a abrir excessivamente o leque das situações abusivas sem que o Princípio da Legalidade nos permita fazê-lo. Como tivemos também oportunidade de explicar, não somos alheios ao facto de o contribuinte, ao ver-se nesta situação, invocar sempre um outro objetivo ou finalidade como tentativa de fugir à qualificação de abuso. Naturalmente que não basta esta invocação, deve resultar evidente e comprovável objetivamente que estão subjacentes

¹⁹⁴ Na Diretiva Juros e *Royalties* é utilizada a fórmula “operações que tenham por principal motivo, ou que se contem entre os seus motivos principais” (art. 5.º, n.º 2), na Diretiva das Fusões a fórmula “Tem como principal objectivo, ou como um dos principais objectivos” (art. 15.º, n.º 1, a)).

¹⁹⁵ O mesmo está a ocorrer no processo de relançamento da proposta C.C.C.T.B. (M.C.C.C.I.S. em português) em que, na sua Proposta de versão inicial de 16.03.2011, se sugeria que o art. 80.º (regra geral antiabuso) tivesse a redação “com o único objetivo”, com a alteração n.º 28 a esta proposta passou a admitir-se que se tratasse apenas do “principal objetivo” e com o relançamento do projeto na nova Proposta de 25.10.2016 parece optar-se por um meio termo através da expressão “essencialmente com o intuito de obter uma vantagem fiscal” no n.º 1 do art. 58.º. Sobre esta variação de grau de exigência v. MICHAEL LANG, “BEPS Action 6: Introducing an Antiabuse Rule in Tax Treaties”, in *Tax Notes International*, 2014, 7, p. 659. Para uma análise crítica da proposta de C.G.A.A. para o âmbito C.C.C.T.B. v., por ex., SILVIA VELARDE ARAMAYO, “A Common GAAR to Protect de Harmonized Corporate Tax Base: More Chaos in the Labyrinth”, in *EC Tax Review*, 2016, 1, pp. 4-17.

¹⁹⁶ Partilham de idêntica opinião autores como AITOR NAVARRO, LEOPOLDO PARADA & PALOMA SCHWARZ, na p. 124 do seu artigo “The Proposal for an EU Anti-avoidance Directive: Some Preliminary Thoughts”, in *EC Tax Review*, 2016, 3: “It should be welcomed that the Commission decided to opt for an ‘essential purpose test’ instead of a ‘one of the main purpose test’ considering that in legal literature scholars have argued that the latter test would clearly deviate from de jurisprudence of the CJEU.”

outras vantagens à operação além da meramente fiscal, vantagens essas com o mesmo grau de importância para o negócio ou, pelo menos, que não sejam absolutamente insignificantes ou marginais. Como sabiamente dizia o próprio texto da Recomendação de 2012 (ponto 4.6), “uma determinada finalidade deve ser considerada essencial quando qualquer outra finalidade que é ou poderia ser imputada à montagem ou à série de montagens se afigure, no máximo, negligenciável, tendo em consideração todas as circunstâncias da situação.”¹⁹⁷

Feito este breve resumo do que tem vindo a ser por nós defendido e apesar de mantermos a opinião de que não é aceitável uma redação tão aberta que ponha em causa a segurança jurídica, podemos assegurar que a relevância deste problema se encontra extremamente mitigada no caso da C.G.A.A. europeia uma vez que, logo após referir que basta que a obtenção da vantagem fiscal se configure como uma das finalidades principais da operação, vem exigir que ela frustre o escopo da norma que pretendeu contornar e que, por isso, não seja genuína.

Trata-se, na verdade, da exigência de presença de artificialidade, que melhor exploraremos no ponto seguinte e que faz toda a diferença face à redação da regra P.P.T. em que tal exigência não existe. Na P.P.T. dá-se uma classificação automática da situação como abusiva, assim que é identificada a poupança fiscal como um dos seus principais objetivos. De que adianta vir, na parte final da norma, dizer que assim não será desde que a concessão do benefício fiscal possa estar de acordo com o escopo do tratado fiscal em causa? Sendo automaticamente considerado abuso ter em vista, entre os diversos aspetos a ter em conta, o da poupança fiscal, isso sempre irá contra o escopo do tratado. A pedra de toque está em saber se a operação foi artificial, ou seja, apurar se, não fora a vantagem fiscal, o agente nunca teria encetado tal montagem.

É este aspeto que é tido em conta na redação da C.G.A.A. europeia e que não o é na P.P.T. uma vez que a primeira contém um conceito de artificialidade (o carácter genuíno ou não da operação, como melhor se verá) e a segunda não.¹⁹⁸

¹⁹⁷ Neste sentido v. MARJAANA HELMINEN, *EU Tax Law Direct Taxation*, 2015, p. 241.

¹⁹⁸ Há quem vá ainda mais longe. Enquanto nós nos escudamos na própria redação subsequente da norma para mitigar a importância da referência à expressão “um dos objetivos principais”, ERIC KEMMEREN (“Where is EU Law in the OECD BEPS Discussion?”, in *EC Tax Review*, 2014, 4, p. 193), por exemplo, conclui que, pelo próprio confronto com jurisprudência comunitária neste mesmo sentido, tal como o *Caso Part Service* já referido, as cláusulas que contêm a expressão “um dos objetivos principais” (à época referia-se à cláusula setorial antiabuso presente no art. 15.º da Diretiva das Fusões, mas supomos que aplique atualmente o mesmo raciocínio ao art. 6.º da A.T.A.D. uma vez que contém a mesma redação quanto a este aspeto) devem ser interpretadas como referindo-se ao objetivo principal ou essencial. O

Além disso, no âmbito comunitário, e diversamente do que sucede com o ambiente internacional em geral, há que respeitar as liberdades de circulação instituídas pelos Tratados. É, entre outros, também por este motivo que consideramos que a aplicação da nova C.G.A.A. deve continuar a ser acompanhada dos desenvolvimentos jurisprudenciais que têm vindo a ser identificados: uma conduta só deve ser considerada censurável se, além de exclusivo ou absolutamente preponderante (elemento finalístico) critério de investimento com base em opções de poupança fiscal, se revelar artificial face à norma de que se está a aproveitar para obter tal poupança (elemento normativo – analisado de seguida) mas, além disso, só será aceite a justificação do abuso para a restrição à liberdade de circulação em causa se tal não se revelar desproporcional. Tudo isto tentou ser vertido na nova C.G.A.A. europeia e é por isso que estamos de acordo com ERIC KEMMEREN¹⁹⁹ quando afirma que a noção de abuso europeia é mais restrita ou, pelo menos, delimitada em termos mais claros do que a da O.C.D.E..

d) Artificialidade (“elemento normativo”)

Como temos vindo a sugerir, em nossa opinião é o elemento normativo que dá verdadeiramente corpo ao abuso.²⁰⁰ É claro que é necessária a verificação cumulativa do

autor faz uma espécie de interpretação corretiva, o que já consideramos talvez um pouco excessivo dado que, como refere o n.º 2 do art. 9.º do nosso Código Civil, apesar de tudo, não pode ser considerado pelo intérprete o pensamento legislativo que não tenha na letra da lei um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso, princípio universal na interpretação de lei escrita. No entanto, materialmente acabamos por convergir no mesmo objetivo, embora nós pela via da interpretação conjugada com os outros elementos e segmentos textuais presentes na norma: só há abuso se a conduta for artificial e só há artificialidade se a elisão fiscal era o escopo único ou absolutamente prevalecente, já que, como já exprimimos por diversas vezes, somos de opinião de que se houver outros num mesmo patamar de essencialidade para a concretização do negócio, não se pode dizer que tenha havido intuito de contornar a lei por motivos fiscais. Assim, embora seja possível alterar o texto da norma, ocorre uma redução tão significativa do que cabe na interpretação daquele segmento que praticamente só restam as de “objetivo preponderante”.

¹⁹⁹ “Essentially, the European Court of Justice (ECJ) has decided that benefiting from (differences in a) tax systems of EU Member States is fundamental to the EU [v., por ex., os *Casos Gilly* (Ac. do TJ, de 12 de maio de 1998 – proc. C-336/96), *Eurowings* (Ac. do TJ, de 26 de outubro de 1999 - proc. C-294/97) e *Danner* (Ac. do TJ, de 3 de outubro de 2002 – proc. C-136/00)]. This approach is not only relevant in respect of taxes, but is generally applicable. For example, the Centros and Inspire Art cases show that persons may take advantage from less restrictive company law systems of other Member States in order to exercise their freedom of establishment through which they intend to avoid the application of more restrictive company law rules of their state of origin. Therefore, I believe that the wide OECD perspective that treaty shopping is (almost) per se abuse does not really match with the ECJ perspective which is more restrictive.” ERIC KEMMEREN, “Where is EU Law in the OECD BEPS Discussion?”, in *EC Tax Review*, 2014, 4, p. 191.

²⁰⁰ No mesmo sentido, CHRISTIANA HJI PANAYI, “The Compatibility of the OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Proposals with EU Law”, in *Bulletin for International Taxation*, 2016, 1/2, p. 108 ao afirmar que também “for EU purposes, the focus on any GAAR or PPT test must be on the artificiality of the impugned arrangement and not (only) the purposes or intentions when entering into the arrangement.”

preenchimento de todos os outros elementos mas é aqui que reside o verdadeiro critério para que se possa aferir se é correta e justa a classificação da conduta como abusiva, uma vez que permite ver se o comportamento levado a cabo se revela antijurídico, atento o espírito da norma que contornou ou, nas próprias palavras da C.G.A.A. europeia ver se se trata de um comportamento *que frustre o objeto ou a finalidade do direito fiscal aplicável*, não deixando de lembrar que isso se faz *tendo em conta todos os factos e circunstâncias relevantes*.²⁰¹

Apesar de as expressões acabadas de referir fornecerem um enquadramento útil ao elemento normativo, este só é verdadeiramente expresso através de algum tipo de indicação da presença do requisito da artificialidade.²⁰² No caso da norma em análise, referimo-nos à expressão *não seja genuína*, uma vez que só com esta “achega” ficamos confortáveis em classificar uma operação ou montagem como abusiva, sem correr o risco de incorrer em rotulagens injustas ou sem correspondência com aquilo que foi a realidade material do negócio.

Portanto, mesmo que se possa dizer – e estabelecendo já uma comparação – que a regra P.P.T. assinala na parte final do seu texto, ainda que de forma bastante imperfeita, uma alusão ao elemento normativo, ele não se mostra completo pois falta-lhe um reflexo ou concretização do conceito de artificialidade, uma menção expressa, ainda que vaga ou com uma nomenclatura distinta, à necessidade de a conduta se mostrar artificial para que seja abusiva.

É neste aspeto que reside toda a virtude da C.G.A.A. europeia que ademais, não tendo “obrigação” de concretizar um conceito indeterminado – o qual ainda para mais vem sendo objeto de tratamento bastante aprofundado pela jurisprudência comunitária ao longo do tempo²⁰³ – vem dar um importante auxílio ao intérprete no n.º 2 da cláusula,

²⁰¹ Uma nota apenas para dizer que estas expressões não padecem das mesmas fragilidades do que quando inseridas na regra P.P.T. uma vez que aqui na C.G.A.A. contam com o dito conceito de artificialidade que as enquadra e que impede que seja invertido o ónus da prova, pelo que as expressões não ganham automaticamente um carácter prejudicial ao contribuinte.

²⁰² O histórico jurisprudencial relativo ao Princípio do Abuso na U.E. tem vindo, de resto, neste sentido, daí que LUC DE BROE, *International Tax Planning and Prevention of Abuse*, 2007, p. 759 afirme que a palavra-chave que tem vindo a ser utilizada pelo T.J.U.E. desde *Emsland-Starke* para caracterizar as situações abusivas e *U-turn constructions* seja precisamente “artificiality”.

²⁰³ Não só foi sofrendo concretizações em conceitos mais específicos e densificados em determinados setores de tributação, como é o caso do I.V.A. em que muito se explorou o conceito de “razões comerciais válidas” e que serviu de apoio à elaboração da nova C.G.A.A. precisamente por ser o conceito com um tratamento mais acabado neste âmbito, como no próprio contexto da tributação direta não harmonizada houve sempre a preocupação de assegurar que os esquemas em análise tivessem que possuir um cariz “totalmente artificial”. Como referem TERRA & WATTEL, em *European Tax Law*, 2012, “restrictions to

clarificando que *Para efeitos do n.º 1, considera-se que uma montagem ou série de montagens não é genuína na medida em que não seja posta em prática por razões comerciais válidas que reflitam a realidade económica* das ditas montagens.

Poderíamos ser levados a pensar que esta cadeia de conceitos indeterminados em nada nos ajuda: para concretizar o conceito indeterminado de artificialidade, utilizamos um outro conceito indeterminado – o de montagem não genuína – sendo que para concretizar este último utilizamos ainda outro conceito indeterminado – o de razões comerciais válidas. Mas não é exatamente assim. Apesar de todos se tratarem efetivamente de conceitos indeterminados, o último referido – que concretiza os primeiros – além de possuir a importante clarificação no próprio texto do n.º 2, de que se refere a operações que reflitam a respetiva realidade económica, conta já com um significativo labor jurisprudencial em seu redor e a presença desta indicação no texto auxilia, sem dúvida, a função do intérprete, representando para ele um ponto de referência e de conexão com o dito histórico jurisprudencial.

É exatamente por este motivo que acabamos por compreender – embora não apoiemos completamente a opção – o facto de, na nova C.G.A.A. europeia o legislador se ter desviado da redação proposta em 2012 quando recomendou aos E.M.s que adotassem uma C.G.A.A.. Apesar de a cláusula sugerida na altura ser mais insipiente em termos de construção normativa do que a que consta atualmente na A.T.A.D., fazia referência expressa ao conceito de artificialidade, coisa que agora não ocorre, embora se consagre expressão equivalente. Apesar de considerarmos que a presença do vocábulo não traria “confusão” ao intérprete se fosse acompanhado das esclarecedoras concretizações que já constam na cláusula, compreendemos a escolha do legislador em colocar conceitos que já sofreram maior concretização doutrinal do que aquele primeiro e que, no fundo, servem para lhe dar corpo e substância, como se disse – “montagens não genuínas” e “razões comerciais válidas” – não obstante continuar bem claro que é o

curb abuse were justified only in case of ‘wholly artificial arrangements’ (or ‘contraptions’)” (p. 476) – o que é claramente referido nos *Casos Comissão/Reino Unido* (proc. C-112/14), *Itelcar* (proc. C-282/12), *Thin Cap GLO* (proc. c-524/04), *Glaxo Wellcome* (proc. C-182/08), entre outros - e como refere também JOÃO NOGUEIRA em “Abuso de direito em Fiscalidade directa. A emergência de um novo operador jurisprudencial comunitário”, in *JusJornal*, n.º 1268, 2011, este elemento está preenchido quando “apesar da verificação dos requisitos (formais) necessários para despoletar a aplicação de determinada disposição, a situação fáctica não se enquadre no âmbito teleológico dessa regulamentação.” (p. 5). Para um maior aprofundamento acerca desta temática dos esquemas totalmente artificiais v. MICHAEL LANG & SABINE HEIDENBAUER, “Wholly Artificial Arrangements”, in *A Vision of Taxes within and outside European Borders - FS in honour of Prof. Dr. Frans Vanistendael*, 2008, pp. 597 e ss. e TERRA & WATTEL, *European Tax Law*, 2012, p. 482.

requisito da artificialidade que está em causa demonstrar. Estas concretizações de segundo nível servem apenas para densificar o requisito, não para o suprimir de forma alguma, mas pelo contrário, para o sublinhar de forma cada vez mais esclarecedora.

Aliás, somos mesmo favoráveis a que, além da tomada em consideração de todo o labor jurisprudencial desenvolvido pelo T.J.U.E., a densificação do conceito de artificialidade possa continuar a apoiar-se (embora não tendo que se restringir a ela e sempre conjugada com o preenchimento dos restantes requisitos exigidos pela norma) na lista presente no ponto 4.4 da Recomendação.²⁰⁴ O critério guia e universal para avaliar o preenchimento de qualquer conceito indeterminado é, como se sabe, o do homem médio colocado na situação do agente.²⁰⁵ O que sucede é que este critério genérico foi progressivamente trabalhado e balizado, no que ao abuso fiscal diz respeito, através da dita jurisprudência e instrumentos escritos concretizadores tais como a Recomendação de 2012.

Aliás, foi a própria Proposta de Diretiva a reconhecer que “a regra geral antiabuso proposta visa refletir os testes de artificialidade do TJUE quando estes sejam aplicados no interior da União.”²⁰⁶ Ou seja, nada do que ficou descrito no ponto 4.1 supra será abandonado com a entrada em vigor da C.G.A.A. europeia, pelo contrário, continuarão a servir de apoio à interpretação da mesma, sendo o ponto de ligação para a espiral hermenêutica entre o caso e a norma.

²⁰⁴ Que tem o seguinte teor: *Para determinar se a montagem ou a série de montagens é artificial ou não, as autoridades nacionais são convidadas a examinar se essas montagens dizem respeito a uma ou várias das seguintes situações:*

a) A qualificação jurídica de cada uma das medidas que compõem a montagem é incompatível com o fundamento jurídico da montagem no seu conjunto;
b) A montagem ou a série de montagens é executada de uma forma que seria normalmente utilizada no quadro do que se espera ser um comportamento comercial razoável;
c) A montagem ou a série de montagens inclui elementos que têm por efeito compensar-se ou anular-se entre si;
d) As transações concluídas são de natureza circular;
e) A montagem ou a série de montagens dá origem a um benefício fiscal considerável, mas que não se reflete nos riscos comerciais assumidos pelo contribuinte nem nos seus fluxos de caixa;
f) O lucro esperado antes de imposto é negligenciável relativamente ao montante da vantagem fiscal previsto.

²⁰⁵ Neste sentido, TOBIAS FRANZ no seu artigo “The General Anti-Abuse Rule Proposed by the European Commission”, in *Intertax*, 2015, 2, que, referindo-se ao conceito de *comportamento comercial razoável* afirma que este “has sensibly to be judged from the perspective of a businessman in the situation of the taxpayer” (p. 664).

²⁰⁶ P. 10 da Proposta de Diretiva do Conselho que estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal que afetam diretamente o funcionamento do mercado interno, COM (2016) 26 final, de 28.01.2016.

e) Estatuição

Quanto à estatuição da norma, também no caso europeu se segue a fórmula geral e a única correta para aplicar a estes casos: a mera desconsideração da operação abusiva, o que se reflete na expressão *os Estados-Membros devem ignorar* a referida operação.

A isso vem automaticamente associada a consequente reposição da situação tributária que existiria caso não tivesse ocorrido abuso, nesta sede muito clarificada através do n.º 3 da norma que, num tom quase pedagógico, vem auxiliar o intérprete ao dizer que *Caso as montagens ou série de montagens não sejam tomadas em consideração nos termos do n.º 1, a coleta é calculada nos termos do direito nacional*. Consideramos no entanto que, apesar de mais vaga, a estatuição consagrada da Recomendação de 2012 era juridicamente mais correta uma vez que mandava as autoridades nacionais tratarem as montagens, para efeitos fiscais, com base na sua efetiva realidade económica, numa clara manifestação de prevalência da substância sobre a forma.²⁰⁷ Na verdade, a coleta pode estar a ser calculada nos termos do direito nacional e não estar a ter por base a respetiva realidade económica. Esta preocupação acaba por estar garantida através de uma interpretação *a contrario* do n.º 2 do art. 6.º da A.T.A.D. pois, se a montagem só é genuína se refletir a realidade económica subjacente, no momento em que é ignorada a montagem e recalculada a coleta, necessariamente ter-se-á em conta a dita realidade económica. No entanto, esta deslocalização da expressão para fora da estatuição pode deixar algumas dúvidas de clareza, verificando-se também aqui um campo onde é possível a introdução de pontuais melhorias redacionais.²⁰⁸

Trata-se, no fundo, do mecanismo muito enunciado na jurisprudência europeia – sobretudo em matéria de I.V.A.²⁰⁹ (e aqui aproveitado também em contexto de tributação direta, mais concretamente I.R.C. que corresponde ao âmbito de aplicação da C.G.A.A. da A.T.A.D.) – de “redefinir de forma a restabelecer” a situação em que o

²⁰⁷ Assim TOBIAS FRANZ, “The General Anti-Abuse Rule Proposed by the European Commission”, in *Intertax*, 2015, 2, p. 662.

²⁰⁸ Já o problema por alguma doutrina potencialmente identificado no ponto 3.2.1.1. e) supra relativamente à extensão do âmbito em que os benefícios devem ser negados (total ou parcialmente) uma vez detetado o abuso, não se coloca para o art. 6.º da A.T.A.D., não só por resultar perfeitamente claro da cláusula que a desconsideração do comportamento abusivo opera apenas para efeitos do cálculo da matéria coletável das sociedades, mas acima de tudo porque a jurisprudência é clara (v., por ex., *Caso SIAT*) ao referir que os benefícios só devem ser negados na medida do necessário para prevenir o abuso, numa clara manifestação do princípio da proporcionalidade. Sobre este tema v. também PHILIP BAKER, “The BEPS Action Plan in the Light of EU Law: Treaty Abuse”, in *British Tax Review*, 2015, 3, p. 414.

²⁰⁹ V., por ex., o *Caso Halifax*, Ac. do T.J., de 21 de fevereiro de 2006 – proc. C-255/02.

sujeito passivo se encontraria na ausência das transações que constituem a prática abusiva.

5 Balanço comparativo dos contributos da O.C.D.E. e da U.E. para a densificação do conceito de artificialidade no âmbito do abuso de normas fiscais

Apesar de se considerar bastante meritório o esforço que ambas as organizações têm vindo a imprimir no tratamento da matéria em causa, ainda se identificam bastantes fragilidades a nível legislativo que consideramos ser de toda a conveniência suprir ou aperfeiçoar.

O que acaba de ser dito encontra, em certa medida, justificação no facto de o tema do abuso, não obstante contar já com alguns anos de tratamento doutrinal e jurisprudencial, apenas recentemente ter assumido um lugar prioritário ao nível da produção legislativa propriamente dita nos diversos cenários de jurisdição. Não se pode considerar que a redação deste tipo de normas conte com uma alargada experiência e tradição e mesmo o próprio tratamento dos conceitos, apesar do intenso debate de que foi alvo ao longo do tempo, não encontrou ainda uma perspetiva de análise estabilizada.²¹⁰

Tendo por base este pressuposto, o que no presente capítulo se procurará fazer não são propriamente críticas às C.G.A.A. que têm sido alvo da nossa análise, mas antes um balanço dos aspetos que ainda têm margem para ser melhorados, não porque a “intenção” do legislador não tenha sido a melhor possível ao redigir as normas nos moldes em que o fez, mas porque talvez tenham passado despercebidas algumas preocupações, designadamente de técnica legislativa, com reflexos na segurança jurídica do destinatário das normas, para as quais consideramos ser importante chamar a atenção ou deixar o nosso contributo sobre a forma como entendemos que deveriam ser abordadas.

Assim, e em jeito de síntese relativamente a tudo quanto tem vindo a ser dito ao longo da dissertação e sobretudo no capítulo precedente, pode dizer-se que a grande assimetria (e com a qual estão relacionadas todas as restantes analisadas) que se verifica entre as redações da regra P.P.T. e da C.G.A.A. europeia é o facto de na última se

²¹⁰ “[T]his topic has become popular among scholars only relatively recently: although the EU Court has been relying on the notion of abuse of law since the mid-70s, for a long time the contours of these references were extremely vague and the academic attention to this issue was scarce.” DANIELE DE CAROLIS, “The Reverberation Effect of the EU Notion of Abuse of Law on the Italian Tax Legal System: Towards an Enhanced Horizontal Interaction Among National General Anti-Abuse Rules?”, in *Intertax*, 2017, 2, p. 169. Evolução melhor descrita no ponto 4.1.1 a) supra.

encontrar presente uma referência expressa ao elemento da artificialidade²¹¹ (embora utilizando outra designação),²¹² o que não sucede na primeira,²¹³ onde só é possível, a nosso ver, ter em conta tal elemento por via interpretativa, com apoio em comentários pouco claros nesta matéria.

Esta limitação da regra P.P.T. comporta um grau de insegurança jurídica excessivo para o intérprete e para os destinatários da norma²¹⁴ e, nessa medida, estamos de acordo com a doutrina²¹⁵ que considera que uma das principais questões que se colocam ao

²¹¹ Daí que AITOR NAVARRO, LEOPOLDO PARADA & PALOMA SCHWARZ, referindo-se à norma contida no art. 6.º da A.T.A.D., defendam que estamos perante “a general anti-abuse rule (GAAR) reflecting the artificiality test developed by de CJEU”, dando como exemplos de tal jurisprudência os *Casos Cadbury Schweppes* e *Thin Cap Group Litigation*, em “The Proposal for an EU Anti-avoidance Directive: Some Preliminary Thoughts”, in *EC Tax Review*, 2016, 3, p. 123.

²¹² Estabelecendo logo de seguida, na mesma página, os autores acabados de referir a conexão da dita artificialidade com os “non-genuine arrangements” tornando-se clara a perceção de que o carácter genuíno das operações foi o critério material que o legislador encontrou, neste caso, para concretizar o conceito de artificialidade tanto quanto possível, como já havia sido por nós referido. Adicionalmente e tal como melhor explicado no ponto 4.2.1 d) supra, vem a própria cláusula, no seu n.º 2, concretizar este segundo conceito indeterminado que utiliza para identificar o primeiro (o de artificialidade) através do termo “razões comerciais válidas” o qual, além de ser definido no próprio texto da norma como consistindo em operações que refletem a verdadeira realidade económica, conta com um acervo jurisprudencial bastante esclarecedor para o intérprete.

²¹³ É por esse motivo que autores como LUC DE BROE, “Tax Treaty and the EU Law aspects of the LOB and PPT provision proposed by BEPS Action 6”, in *Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) Impact for European and international tax policy* (Ed. Robert Danon), 2016, p. 247 referem que “the PPT does not meet the proportionality test with which anti-abuse measures should comply to be in line with EU law”. Não é que a P.P.T. tivesse que respeitar, na sua formulação, as particularidades da legislação da U.E., designadamente o tema das liberdades de circulação que não é comum a estados terceiros (pelo contrário, os E.M.s da U.E. é que têm que adaptar uma eventual adoção da regra P.P.T. de modo a respeitar o ordenamento jurídico regional em que se inserem, sendo nesse contexto interessante analisar PASQUALE PISTONE, *The Impact of Community Law in Tax Treaties – Issues and Solutions*, 2002), o que partilhámos nesta visão é o facto de ter sido desejável que a P.P.T. tivesse incluído um conceito de artificialidade que assegurasse que o seu âmbito objetivo não capturava mais do que o necessário para prevenir o verdadeiro abuso, ou seja, de modo a garantir uma aplicação proporcional e justa (referimo-nos aqui, portanto, acima de tudo à proporcionalidade *stricto sensu* e não tanto aos testes da esfera de protecção e da ingerência). Pelo mesmo motivo refere OLEKSANDR KORIAK, no seu artigo “The Principal Purpose Test under BEPS Action 6: Is the OECD Proposal Compliant with EU Law?”, in *European Taxation*, 2016, 12, p. 558 que “the PPT is unlikely to be justified solely based on the need to prevent tax avoidance. This is because the rule focuses on the subjective intention of the taxpayer, disregarding a genuine nature test.”

²¹⁴ Também o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem já se manifestou no sentido da inadmissibilidade de regras com manifesta falta de clareza e precisão, suscetíveis de propiciar diversas interpretações em matéria fiscal e que promovam uma aplicação arbitrária por parte das autoridades públicas. V. *Caso Shchokin* (proc.s 23759/03 e 37943/06) par. 56.

²¹⁵ Como é o caso de PHILIP BAKER, “The BEPS Action Plan in the Light of EU Law: Treaty Abuse”, in *British Tax Review*, 2015, 3, p. 412, onde o autor inclusive refere que a segurança jurídica é um princípio tão caro ao Direito da U.E. que em casos como o *Itelcar* (Ac. do T.J. de 3 de outubro de 2013, proc. C-282/12) e o *SIAT* (Ac. do T.J. de 5 de julho de 2012, proc. C-318/10) o T.J.U.E. afirmou que a redação de uma cláusula antiabuso nacional não era suficientemente precisa para conseguir preencher o requisito da segurança jurídica tendo, por isso, sido considerada desproporcional. Exatamente a mesma ideia é transmitida por CHRISTIANA HJI PANAYI, “The Compatibility of the OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Proposals with EU Law”, in *Bulletin for International Taxation*, 2016, 1/2, p. 109, ao afirmar que “The PPT rule (...) can still be problematic if deemed to be uncertain. In *Itelcar*, it was held that anti-abuse rules must be sufficiently clear, precise and predictable, otherwise they do not meet the requirements of legal certainty.” E ainda LUC DE BROE, “Tax Treaty and the EU Law aspects of the LOB

nível da análise da compatibilidade entre a regra P.P.T. e o Direito da União Europeia é precisamente a que concerne à (in)suficiência da segurança jurídica subjacente à redação da norma, não havendo qualquer motivo para que os requisitos de segurança jurídica sejam menos exigentes para disposições antiabuso em tratados do que nas internas.

A referência à suficiência de que a intenção abusiva seja um dos objetivos principais, não tendo que se tratar do único ou pelo menos absolutamente prevalecente, apesar de estar presente nos dois “ensaios normativos” e em ambos ter sido oportunamente criticado, reveste-se de maior “gravidade” na regra P.P.T., do que na C.G.A.A. europeia onde vem imediatamente seguida da exigência de que o comportamento (apesar de se bastar com que configure um entre outros objetivos principais) seja efetivamente artificial, sendo portanto aquele âmbito que à primeira vista pareceria muito abrangente, significativamente reduzido às situações verdadeiramente abusivas (artificiais), o que vai implicitamente convergir apenas com as situações primordialmente motivadas por intenções abusivas e não com as que sejam apenas “mais uma” entre muitas. Digamos que aquela primeira parte de redação, menos feliz, sofre uma correção tão rigorosa que praticamente se elimina o risco de considerar abusivos comportamentos que não o tenham sido realmente, risco esse que nos parece permanecer num nível elevado no contexto B.E.P.S..²¹⁶

Aponta-se ainda como fragilidade da regra P.P.T. a opção pela fórmula “if it is reasonable to conclude”. O que esta expressão quer conceder é, a nosso ver, uma propositada abrangência à interpretação da norma que permita que não seja absolutamente necessário provar de forma irrefutável que um dos principais objetivos foi a obtenção do benefício, bastando que se possa razoavelmente concluir tal nexos de causalidade. Partilhamos da opinião²¹⁷ de que este tipo de redação introduz uma excessiva incerteza causadora, uma vez mais, de insegurança jurídica e por isso não aceite pelo legado jurisprudencial do T.J.U.E., daí que não encontremos fórmula semelhante na redação da C.G.A.A. europeia presente no art. 6.º da A.T.A.D..

and PPT provision proposed by BEPS Action 6”, in *Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) Impact for European and international tax policy* (Ed. Robert Danon), 2016, p. 240 ao afirmar que “the PPT violates the foreseeability and predictability of the law and therefore that it is inconsistent with the principle of legal certainty” reiterado pelo T.J.U.E. em acórdãos como os supra referidos.

²¹⁶ Daí que ERIC KEMMEREN defenda que, neste aspeto, “OECD position is not in line with EU law” (“Where is EU Law in the OECD BEPS Discussion?”, in *EC Tax Review*, 2014, 4, expressa na p. 193).

²¹⁷ Designadamente, de ERIC KEMMEREN, “Where is EU Law in the OECD BEPS Discussion?”, in *EC Tax Review*, 2014, 4, expressa na p. 192.

Muito ligada a esta última questão é a do ónus da prova. Enquanto a construção da C.G.A.A. europeia respeita inequivocamente as regras gerais de distribuição do ónus da prova,²¹⁸ a regra P.P.T. inverte completamente estas regras, aparentando mesmo conter uma presunção que coloca sobre o contribuinte toda a responsabilidade de produção da prova.

Além destes pontos-chave de cisão, existem ainda alguns outros aspetos dissidentes entre as duas normas que podem também auxiliar a nossa análise sobre o conceito de artificialidade que está por detrás de cada uma: (i) o resultado direto ou indireto na obtenção do benefício é uma indicação que está presente na regra P.P.T. e que, não estando na C.G.A.A. europeia, não consideramos que faça qualquer falta dado que, como se explicou no ponto 3.2.1.1 b) supra e pelos motivos ali expostos, tal expressão é suscetível de induzir o intérprete em erro, se não mesmo potenciadora de abranger situações no quadro das abusivas que não o sejam realmente; e (ii) a própria organização que foi escolhida para a redação da norma é distinta na da O.C.D.E. e na da U.E. – enquanto na segunda apenas se aplica a estatuição (ignorar a montagem e repor a realidade substancial para efeitos de tributação) na medida em que se verifiquem e comprovem primeiro os elementos finalístico (objetivo de obtenção da vantagem fiscal) e normativo (caráter não genuíno – artificial - da operação), na primeira engloba-se tudo o que aparentar preencher o objeto finalístico, colocando-se apenas a final uma ressalva de que assim não será se se conseguir provar que não está preenchido uma espécie de elemento normativo imperfeitamente expresso, como acima constatado e que não permite efetuar uma correta destrição entre os comportamentos verdadeiramente abusivos e os que não o são.

Todos estes fatores contribuem para a conclusão de que, apesar de o ordenamento jurídico da U.E. ter vindo, ao longo do tempo, a receber grandes e frutíferas influências da O.C.D.E.²¹⁹ – organização em que se insere – não podendo passar indiferente perante o movimento de globalização em que se encontra, conseguiu, no combate ao mesmo

²¹⁸ Até porque é esse o histórico normativo seguido pela U.E. uma vez que, como refere PHILIP BAKER, em “The BEPS Action Plan in the Light of EU Law: Treaty Abuse”, in *British Tax Review*, 2015, 3, p. 414, “Ideally, to be compatible with EU case law in this area, the initial burden of establishing a prima facie case that a taxpayer is not entitled to the benefits should rest upon the revenue authorities, with the taxpayer then having the opportunity to bring the evidence that would justify entitlement to treaty benefits.”

²¹⁹ Inversamente, as discussões da O.C.D.E. em torno do tema B.E.P.S. não parecem ter pretendido conferir um papel de destaque à participação do legislador europeu, nomeadamente no que toca à Ação 6 aqui em estudo. Para aprofundamento deste aspeto v. ERIC KEMMEREN, “Where is EU Law in the OECD BEPS Discussion?”, in *EC Tax Review*, 2014, 4, pp. 190 e ss..

tipo de preocupações e na mesma linha de atuação, utilizar uma técnica legislativa melhor do que a dos relatórios B.E.P.S., mais clara para o intérprete e mais correta no que toca à segurança jurídica e cumprimento dos grandes princípios de justiça que imperam a nível internacional, não obstante ainda ter margem para melhorias.

Eventualmente, estas diferenças podem estar em alguma medida relacionadas com o facto de a O.C.D.E., no contexto B.E.P.S., emitir apenas indicações que configuram mera *soft law* no âmbito do tráfego jurídico, enquanto as diretivas da U.E. são vinculativas para os Estados a elas sujeitos e de transposição obrigatória.²²⁰

É precisamente esta a dialética que defendemos como desejável: deixar entrar a influência do Projeto B.E.P.S. - porque qualquer fonte de conhecimento, investigação e aprendizagem é sempre uma mais-valia - mas mantendo a autonomia e capacidade de modelagem do setor legislativo da U.E., que deve, portanto, permanecer nesta linha e não limitar-se a transpor simplesmente, sem qualquer filtro, os desenvolvimentos promovidos em sede B.E.P.S. para o ordenamento europeu,²²¹ uma vez que as realidades globais, regionais e nacionais são muito diferentes e é aconselhável que haja um esforço de adaptação a cada contexto. Foi um grande desafio conciliar, na A.T.A.D., os pontos de vista de 28 E.M.s, 22 dos quais também membros da O.C.D.E. encontrando soluções que simultaneamente não colidissem com a legislação e jurisprudência da U.E..

O que acaba de ser dito só vem confirmar aquilo que já toda a doutrina e jurisprudência reconhecia como sendo a filosofia da U.E. nestas matérias ainda antes da elaboração desta Diretiva: conceder a máxima liberdade possível de circulação (de bens, de serviços, de capital e de trabalhadores) que apenas deve ser contida se e quando seja levada a cabo mediante “esquemas totalmente artificiais”²²² com vista à obtenção de vantagens ilegítimas.

²²⁰ “Unlike the OECD BEPS Project, the (...) Directive is a concrete legislative measure” AITOR NAVARRO, LEOPOLDO PARADA & PALOMA SCHWARZ, “The Proposal for an EU Anti-avoidance Directive: Some Preliminary Thoughts”, in *EC Tax Review*, 2016, 3, p. 130.

²²¹ No mesmo sentido vão EVGENIA KOKOLIA & EVGENIA CHATZIOAKEIMIDOU quando, “BEPS Impact on EU Law: Hybrid Payments and Abusive Tax Behaviour”, in *European Taxation*, 2015, 4, p. 156, ao dizerem que “although substantial recommendations in the fight against tax evasion and aggressive tax planning are being developed in the context of the OECD BEPS project, these recommendations cannot automatically be transposed in the EU context, as EU Member States must respect their EU law obligations.”

²²² Muito elucidativa nesta matéria é uma nota dos autores LUC DE BROE & JORIS LUTS na p. 131 do seu artigo “BEPS Action 6: Tax Treaty Abuse”, in *Intertax*, 2015, 2, ao referirem que “Benefiting from (differences in) tax regimes of EU Member States is a fundamental cornerstone of the EU. This implies

6. Reflexos que a regra P.P.T. da Ação 6 do Projeto B.E.P.S. e que a C.G.A.A. da A.T.A.D. podem ter na produção legislativa interna dos Estados

Estando os legisladores internos permanentemente atentos a estes movimentos globais e regionais de combate à elisão fiscal, é inevitável que surja um potencial campo de influência dos instrumentos ali ensaiados na conformação da legislação estadual.

Genericamente, é uma influência salutar e desejável. No entanto, há que tomar atenção aos riscos associados a alguma precipitação que os legisladores internos possam protagonizar neste âmbito. Referimo-nos essencialmente aos Estados-Membros da União Europeia, não só por serem as jurisdições que nos são mais próximas geográfica e culturalmente, mas também por comodidade de exposição na análise comparativa entre a influência que neles pode exercer o movimento B.E.P.S. e a legislação europeia.

No que toca à Ação 6 do Projeto B.E.P.S., tratando-se de um instrumento, embora não vinculativo para nenhum, dirigido potencialmente a todos os Estados da comunidade internacional que tenham relação com a O.C.D.E., além da possibilidade de vir a ser utilizada a regra P.P.T. em acordos bilaterais,²²³ cuja redação original criticamos pelos aspetos já indicados, o maior risco é – parece-nos – que essa mesma cláusula sirva de inspiração ou mesmo de padrão para a conformação da legislação interna. É certo que a regra P.P.T. se dirige a um âmbito (C.D.T.s) diferente da C.G.A.A. da A.T.A.D. (legislação antiabuso interna). Mas ainda assim persiste aquele risco uma vez que os fundamentos da existência de uma e outra norma são os mesmos –

that within the EU, ‘tax jurisdiction shopping’ and a fortiori treaty shopping are in principle permitted. In other words, taxpayers are prima facie free to move their tax residence or the source of income to another Member State in order to benefit from a more beneficial tax regime. In that respect, the ECJ only allows restrictions of these free movement rights (i.e., through application of anti-avoidance rules) if these are specifically targeted at countering ‘wholly artificial arrangements’ (ECJ, 12 Sep. 2006, C-196/04, Cadbury Schweppes).” No mesmo sentido, TOBIAS FRANZ, “The General Anti-Abuse Rule Proposed by the European Commission”, in *Intertax*, 2015, 2, p. 662.

²²³ Apesar de não ser propriamente o intuito do presente trabalho analisar a compatibilidade da regra P.P.T. com o Direito da U.E., apenas uma nota para dizer que a dupla não tributação, só por si, ou seja, derivada da interação fortuita entre legislações de diversos Estados, não é proibida pelo Direito da U.E. nem serve, genericamente, como justificação à restrição das liberdades de circulação – nem a dupla não tributação nem a mera invocação de perda de receita pelos E.M.s, como sempre foi reiterado pelo T.J.U.E., como nos *Casos Danner*, *Skandia* ou *Eurowings* por ex. (v. CHRISTIANA HJI PANAYI, “The Compatibility of the OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Proposals with EU Law”, in *Bulletin for International Taxation*, 2016, 1/2, pp. 104 e 105). Apenas poderá configurar um fundamento de restrição válido se tal dupla não tributação for obtida, efetivamente, por meio abusivo, ou seja, artificial – daí que a C.G.A.A. presente na A.T.A.D. (aplicável a todas as situações de abuso fiscal e não em particular ao abuso de convenções) esteja redigida de uma forma, a nosso ver, bem mais precisa e segura, designadamente por conter um conceito de artificialidade mais perceptível e densificado, como se tem vindo a frisar. Também esta constatação paralela reforça a nossa tese de que os E.M.s não devem, pura e simplesmente, utilizar as cláusulas recomendadas pelo movimento B.E.P.S. – nem na legislação interna, nem mesmo nas C.D.T.s em que participem – sem ter em devida conta que se inserem num ordenamento jurídico transnacional com princípios e exigências muito particulares que é necessário acomodar.

preocupações de combate ao abuso fiscal – e é daqui que deriva a (indesejável) possibilidade de os E.M.s conformarem e interpretarem as suas cláusulas internas exclusivamente à luz dos argumentos utilizados nos relatórios B.E.P.S., de forma unilateral.

Como bem alerta a Prof.^a ANA PAULA DOURADO²²⁴, o caminho da produção de legislação europeia que integre, com as devidas adaptações, o “espírito B.E.P.S.” para posterior adoção pelos E.M.s é bem mais prudente do que a via da consagração unilateral²²⁵ de medidas antielisivas a que se tem vindo a assistir nalguns Estados que decidem, por si mesmos, criar os seus próprios mecanismos antiabuso com inspiração direta nos relatórios B.E.P.S. por duas vias:²²⁶

- 1) a da produção de legislação diretamente baseada naqueles relatórios (tanto a sua utilização em C.D.T.s concluídas pelos E.M.s da U.E., como eventualmente a “inspiração” que pode representar para a própria construção de C.G.A.A.s internas); e
- 2) a da aplicação das conclusões a que neles a O.C.D.E. chega, transpondo-as para o caso concreto – designadamente por via jurisprudencial - através da interpretação dos

²²⁴ No seu artigo “The EU Anti Tax Avoidance Package: Moving Ahead of BEPS?”, in *Intertax*, 2016, 6, p. 440.

²²⁵ No mesmo sentido, MINDY HERZFELD “New Analysis BEPS 2.0: The OECD Takes on New Territory”, in *Tax Notes International*, 2016, 12, p. 989 ao citar Valère Moutarlier dizendo que “it isn’t legally viable for each EU member country to try to implement BEPS on its own”, assim como ARNAUD DE GRAAF & KLAAS-JAN VISSER, “ATA Directive: Some Observations Regarding Formal Aspects”, in *EC Tax Review*, 2016, 4, p. 204 ao afirmarem que “The EU Commission believes that implementing the recommendations of the OECD BEPS project and tackling cross-border tax avoidance can not be left to the EU Member States on their own; where the objective is to adopt solutions that function for the internal market as a whole and improve the internal market’s resilience against (internal and external) aggressive tax planning, the appropriate response is coordinated initiatives at the EU level.” E ainda ISABELLA DE GROOT, em “The Switch-Over Provision in the Proposal for an Anti-tax Avoidance Directive and Its Compatibility with the EU Treaty Freedoms”, in *EC Tax Review*, 2016, 3, ao dizer, na p. 162 que “The proposed directive aims to achieve a minimum level of uniformity within the European Union (hereinafter: “EU”) in implementing the measures from the final reports on the Base Erosion and Profit Shifting project (hereinafter: “BEPS”) of the Organisation of Economic Co-operation & Development (OECD).”

²²⁶ Como notam WOLFGANG SCHÖN & PHILIP BAKER no seu artigo “Introduction to the Special Issue on the OECD Base Erosion and Profit Shifting Action Plan and European Union Law – The BEPS Action Plan in the light of EU law”, in *British Tax Review*, 2015, 3, p. 277, a própria O.C.D.E. já começou a aperceber-se de que o Direito da U.E., pelas suas características, impõe certo tipo de constrangimentos aos E.M.s que não lhes permite uma transposição pura e simples dos preceitos e raciocínio subjacentes aos relatórios B.E.P.S., lembrando ainda que tudo o que é dito para os E.M.s da U.E. se aplica, do mesmo modo, aos estados participantes no E.E.E. (prova disso é o *Caso Olsen* [Ac. do Tribunal E.F.T.A. de 9 de julho de 2014, Proc.s E-3/13 e E-20/13] em que o princípio do abuso é analisado, pelo Tribunal da E.F.T.A., para os países do E.E.E., em moldes similares ao que é feito pelo T.J.U.E. para os E.M.s da U.E.) e que raciocínio paralelo a este pode ser feito também para outras organizações regionais como a N.A.F.T.A.. Exemplo interessante é também o fornecido por GUZMÁN RAMÍREZ, “World Trade Organization Finding on Anti-Avoidance Measures To Counter Foreign Preferential Tax Regimes versus the Free Flow of Capital and Investment”, in *Bulletin for International Taxation*, 2017, 2 a propósito da compatibilidade entre as medidas B.E.P.S. e as exigências da Organização Mundial do Comércio para os países que nela se inserem.

mecanismos legais antielisão internos dos E.M.s com base nas ditas ações do B.E.P.S., unilateralmente e sem qualquer filtragem.

Se o primeiro aspeto é problemático tendo em conta a organização de Estados em que nos inserimos – U.E. – que se supõe que trabalhe conjuntamente e defina estratégias unificadas em todos os domínios, inclusive no do combate à elisão fiscal, é não obstante, compreensível que, estando a matéria fiscal longe da completa harmonização a nível europeu, cada E.M. procure as melhores soluções para a respetiva legislação. Este problema tende, no entanto, a ser bastante mitigado a partir do momento em que surgem:

- (i) a Regra Geral Antielisão baseada numa Avaliação do Objetivo Principal (presente no ponto 3 da Recomendação (UE) 2016/136 da Comissão, de 28 de janeiro de 2016, relativa à aplicação de medidas contra práticas abusivas em matéria de convenções fiscais que, apesar da aparente semelhança de redação, em termos materiais ela está mais próxima das virtudes apontadas à C.G.A.A. europeia do que das lacunas apontadas à regra P.P.T. pelos motivos explicitados no ponto 4.2 supra e por isso serve de guia – não perfeito mas pelo menos útil – aos E.M.s no momento da escolha do tipo de cláusula antiabuso a inserir nas suas C.D.T.s;
- (ii) a Diretiva (U.E.) 2016/1164 do Conselho de 12 de julho de 2016 (A.T.A.D.) que define claramente o teor de uma C.G.A.A. – Art. 6.º (Regra geral antiabuso) - a ser obrigatoriamente transposta para os E.M.s até 31 de dezembro de 2018, como se tem vindo a referir. Embora na transposição de Diretivas haja margem para os E.M.s introduzirem ligeiras adaptações às normas face às realidades dos respetivos ordenamentos (ao contrário do que sucede com os Regulamentos que têm vigência direta nos Estados) há uma série de requisitos comuns evidentes na norma que têm que ser respeitados e corretamente transpostos, ficando assim facilitada a tarefa dos E.M.s de aprovar uma cláusula interna com indicações melhores sobre o abuso do que as que constam na P.P.T.. Como temos vindo a reiterar, consideramos que também esta C.G.A.A. europeia está em condições de fornecer indicações ou até funcionar como “filtro” para as cláusulas antiabuso que os E.M.s pretendem inserir nas suas C.D.T.s uma vez que é composta por melhores elementos do que a cláusula recomendada referida na alínea anterior.

Assim, apenas para os casos dos países fora da U.E., para os casos de C.D.T.s entre E.M.s e países terceiros (domínio onde impera a autonomia contratual dos Estados e em que os compromissos previamente estabelecidos devem ser observados exatamente como expressos no acordo bilateral, à luz do princípio *pacta sunt servanda*) ou para os casos de E.M.s que não observem devidamente, tanto na consagração de uma cláusula interna como ao nível de uma C.D.T., o disposto no art. 6.º da Diretiva (ou eventualmente no modelo de regra recomendado), se coloca o grave problema da potencial inconstitucionalidade de uma norma que se baseie no modelo da regra P.P.T. face ao Direito Constitucional do Estado em causa²²⁷ ou a sua compatibilidade com o Direito originário ou derivado da U.E.. Como bem lembra ANA PAULA DOURADO,²²⁸ apenas nos casos em que exista um percurso jurisprudencial relativamente consistente (como sucede no ordenamento jurídico da U.E.) ou – acrescentaríamos nós – nos casos em que já exista uma indicação obrigatória de como deve ser o teor de uma C.G.A.A. (mais uma vez o caso atual do ordenamento jurídico da U.E.) e, portanto, com pouca probabilidade de influência direta do raciocínio B.E.P.S. no trabalho dos legisladores internos, é que tende a estar prevenido o risco de inconstitucionalidade por se mostrar dissipada a potencial vagueza e incerteza jurídica que poderia ser encontrada neste tipo de cláusulas.

Problema maior se suscita ao nível da interpretação das C.G.A.A. internas dos E.M.s, particularmente do seu elemento-chave: o conceito de artificialidade. As dificuldades identificadas quanto a este elemento no âmbito do Relatório B.E.P.S. que se dedica à implementação de um mecanismo geral antiabuso para convenções despertam em nós algum receio das consequências que possam advir de uma possível interpretação das C.G.A.A. internas (antes ou depois da transposição da C.G.A.A. imposta pela A.T.A.D.) à luz e exclusivamente com base nos ensinamentos B.E.P.S.. A sólida tradição jurisprudencial e o caminho relativamente estável aí trilhado tranquilizam-nos parcialmente mas não eliminam por completo a necessidade de tomar precauções no sentido de impedir que esta interação possa ser responsável por uma aplicação não uniforme da nova C.G.A.A. europeia.

²²⁷ Equacionando esta possibilidade surge ERIK PINETZ, “Final Report on Action 6 of the OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Initiative: Prevention of Treaty Abuse”, in *Bulletin for International Taxation*, 2016, 1/2, p. 117.

²²⁸ ANA PAULA DOURADO, “The Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) Initiative under Analysis”, in *Intertax*, 2015, 1, p. 2.

Pensem no exemplo do ónus da prova: a aplicação do art. 38.º n.º 2 da L.G.T. portuguesa não contém, naturalmente, nenhuma presunção de abuso, cabendo portanto ao fisco demonstrar que a vantagem fiscal foi a finalidade essencial do negócio ou ato jurídico, nos termos do art. 63.º do C.P.P.T., o que, como concluímos oportunamente, não resulta evidente da regra P.P.T.. Parece-nos, então, ser possível concluir que os E.M.s não podem simplesmente interpretar a sua cláusula interna à luz do Art. X, n.º 7 da Ação 6 sem mais, é necessário que apliquem o “filtro” da A.T.A.D..^{229/230}

Por seu turno, a própria C.G.A.A. europeia também comporta algumas dificuldades potenciais, embora nos pareçam menos significativas, por ultrapassáveis.

Uma das questões apontadas por alguma doutrina é a da transposição para os ordenamentos internos do art. 6.º da A.T.A.D., antevendo uma série de problemas neste âmbito e questionando mesmo se a cláusula conseguirá obter o efeito almejado de estabelecer uma C.G.A.A. uniforme para os E.M.s.

A este propósito, a nosso ver, casos de E.M.s que não contenham qualquer norma geral antiabuso não serão problemáticos pois o que ocorrerá é um normal processo de transposição. Quanto ao âmbito objetivo de aplicação da cláusula, apesar de ela apenas se dirigir, no contexto da Diretiva, ao Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas, não vislumbramos particulares problemas na eventualidade de os E.M.s aproveitarem a transposição para criar uma cláusula deste género também para outros

²²⁹ O exemplo foi escolhido apenas por motivos proximidade de análise da cláusula portuguesa, mas já têm acontecido mesmo situações problemáticas a este nível noutros E.M.s. ANA PAULA DOURADO relata, no seu artigo “May You Live In Interesting Times”, in *Intertax*, 2016, 1, p. 4, o caso do Supremo Tribunal Espanhol que recorreu diretamente aos princípios B.E.P.S. para justificar a sua decisão, ao invés de proceder à tradicional interpretação dos elementos que compõem a C.G.A.A. espanhola, não se coibindo de o expressar na respetiva argumentação jurídica, mesmo sabendo tratar-se de uma mera ferramenta de *soft law*. Apesar de também ter recorrido, na sua argumentação, à Comunicação da Comissão de 2012, nem um nem outro eram instrumentos vinculativos e, no entanto, foram utilizados enquanto argumentos jurídicos para sustentar a decisão, o que nos coloca num cenário de alguma apreensão uma vez que, como refere a autora, “If national Courts incorporate the BEPS principles in their legal reasoning, as legal arguments, multilateral coordination is hardly achievable. Similarly to the unilateral legal reactions, case law will lead to unilateral interpretations of vague principles and concepts.”

²³⁰ O facto de nos inserirmos numa jurisdição supranacional (regional) para além da meramente estadual, traz, aliado às inerentes vantagens, a responsabilidade de legislar de acordo com o enquadramento jurídico já pré-estabelecido, sendo nisto que os E.M.s da U.E. se diferenciam dos países terceiros que não contam com este tipo de constrangimentos. Neste sentido vai também FRANS VANISTENDAEL, no seu artigo “Is Tax Avoidance the Same Thing under the OECD Base Erosion and Profit Shifting Action Plan, National Tax Law and EU Law?”, in *Bulletin for International Taxation*, 2016, 3, p. 171, ao referir que “Outside of the European Union, the Member States are free to redefine the ways in which they want to exercise their tax jurisdiction at the international level, although the free movement of capital may limit that discretion, also in relation to third countries.”

dos seus impostos internos,²³¹ uma vez que a Diretiva tem caráter *de minimis*. Embora haja quem vislumbre dificuldades de aplicação mesmo neste caso (ou naqueles em que existe uma substituição completa da disposição que vigorava anteriormente no ordenamento interno por uma cláusula com o teor da da Diretiva), por considerar não existir um conceito consistente de abuso no seio da tributação direta e que muitas das tentativas para que tal conceito existisse esbarraram com dificuldades linguísticas e outras que derivam das particularidades internas de cada ordenamento,²³² consideramos precisamente que esta nova cláusula em muito contribui para vir fornecer a tal consistência e clareza ao conceito, através de uma linguagem comum que, embora naturalmente traduzida para todas as línguas oficiais, encontra agora os conceitos muito mais uniformizados do que sucedia no tempo em que o abuso era tratado apenas a nível jurisprudencial.

Já nos casos em que já existisse tal cláusula escrita ou entendimento jurisprudencial constante a nível interno, coloca-se a questão de o que fazer caso ela tenha teor diferente do proposto no art. 6.º da A.T.A.D.. Na verdade, não vislumbramos tantas dificuldades neste aspeto como a referida doutrina. Uma vez que as diretivas comunitárias, ao contrário dos regulamentos, não possuem efeito direto, não estamos aqui perante um risco de divergência de instrumentos legais a vigorar simultaneamente no mesmo ordenamento. Aliás, o escopo inerente à própria Diretiva é o de funcionar como um nível mínimo (cfr. art. 3.º da A.T.A.D.) de proteção fiscal dos E.M.s contra comportamentos elisivos²³³ como acaba de se referir acima podendo, portanto, a legislação nacional ser ainda mais restritiva do que a C.G.A.A. da A.T.A.D. no que respeita ao abuso, desde que não colida com outras regras imperativas, designadamente

²³¹ Acerca desta possibilidade, analisando a jurisdição que o T.J.U.E. teria sobre a aplicação da cláusula interna assim construída v. ANDRÉS BÁEZ MORENO, “A pan-European GAAR? Some (un)expected consequences of the proposed EU Tax Avoidance Directive combined with the *Dzodzi* line of cases” in *British Tax Review*, 2016, 2, pp. 144 e 145.

²³² Entre eles, AITOR NAVARRO, LEOPOLDO PARADA & PALOMA SCHWARZ, “The Proposal for an EU Anti-avoidance Directive: Some Preliminary Thoughts”, in *EC Tax Review*, 2016, 3, ao dizer, na p. 125, que “even if all Member States would decide to adopt a provision adapting as far as possible the wording of the Proposal at hand, there is no consistent concept of abuse in the field of direct taxes within European law respectively among European Member States, on which Member States could rely, and there are still a number of linguistic disparities across the various official languages of the EU, which makes it difficult to elaborate common standards.”

²³³ “by creating minimum anti-abuse standards that permit to tackle situations in which corporate taxpayers make use of the disparities between the different domestic tax systems in the Member States” (AITOR NAVARRO, LEOPOLDO PARADA & PALOMA SCHWARZ, “The Proposal for an EU Anti-avoidance Directive: Some Preliminary Thoughts”, in *EC Tax Review*, 2016, 3, p. 117). No mesmo sentido vai GUGLIEIMO GINEVRA, “The EU Anti-Tax Avoidance Directive and the Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) Action Plan: Necessity and Adequacy of the Measures at EU level”, in *Intertax*, 2017, 2, p. 120, além de a própria A.T.A.D. o explicitar no considerando n.º 3 do seu preâmbulo.

as respeitantes às liberdades fundamentais em vigor no ordenamento da U.E. e as constitucionais do E.M. em causa.

Assim, também aqui não detetamos particulares obstáculos quanto ao tipo de adaptação escolhido pelos E.M.s para compatibilizar os domínios para os quais já vigorasse a sua C.G.A.A. ou entendimento jurisprudencial antiabuso interno, com o âmbito de aplicação do art. 6.º da A.T.A.D. – em nosso entender poderão optar por abranger ou não todos os impostos para os quais vigorava a sua cláusula interna até então, pela C.G.A.A. a transpor, desde que, em qualquer das hipóteses, não desrespeitem os princípios fundamentais do Direito da U.E.. O que terá que verificar-se é um cuidado redobrado no momento da transposição uma vez que não se trata da mera introdução de uma disposição nova no ordenamento mas de uma transposição mediante a adaptação de uma já existente. Como sabemos, os instrumentos de direito comunitário derivado impõem-se nos ordenamentos jurídicos nacionais dos E.M.s e prevalecem sobre as respetivas legislações internas no mesmo domínio. No entanto, um processo de transposição não consiste numa mera operação de recorte e colagem, comporta adaptações à realidade nacional. Só não podem ser tais que desvirtuem os requisitos definidos na Diretiva. Desta forma, consegue-se a sempre almejada complementaridade entre receção de legislação comunitária e salvaguarda, em simultâneo, das especificidades nacionais, desde que não se demonstrem incompatíveis, rumo à progressiva e crescente harmonização e atuação coordenada de todos os E.M.s. Como refere a própria Diretiva na parte final do seu considerando n.º 2, “apenas um regime comum poderá evitar uma fragmentação do mercado e pôr termo às assimetrias e distorções do mercado atualmente existentes.”

Uma outra questão que tem vindo a ser assinalada²³⁴ é a de, até à publicação da A.T.A.D., a luta dos E.M.s contra o abuso em matéria de impostos diretos ser autorizada (e eventualmente incentivada) mas não imposta pelo ordenamento europeu.²³⁵ Com a consagração de uma C.G.A.A. cuja transposição para os ordenamentos internos é obrigatória cria-se, sem dúvida, um dever para os E.M.s de estar atentos a estas práticas aplicando-lhes as devidas consequências. Mais uma vez não cremos que se trate de um verdadeiro problema, pelo contrário. Não contrariando, a nova C.G.A.A., nenhuma

²³⁴ Designadamente por AITOR NAVARRO, LEOPOLDO PARADA & PALOMA SCHWARZ, no artigo “The Proposal for an EU Anti-avoidance Directive: Some Preliminary Thoughts”, in *EC Tax Review*, 2016, 3, pp. 123 e 124.

²³⁵ O que era, desde logo, discutível em face da presença, desde há muito, de cláusulas específicas antiabuso presentes nas Diretivas que tratam de matéria parcial ou totalmente harmonizada.

disposição de direito originário ou derivado da U.E. nem colidindo com o Direito Constitucional de cada um dos E.M.s a que se aplica, só poderia apresentar-se como um potencial problema se esta norma configurasse algum tipo de ónus desproporcional para os Estados obrigados à sua transposição. Não é decididamente o caso pois apesar de atribuir uma obrigação aos Estados, trata-se de uma norma que tem em vista salvaguardar os próprios Estados e o respetivo sistema tributário. Note-se, inclusive que a maioria deles já a possuía em legislação interna, por iniciativa própria.

Assim, não alinhamos com os autores que defendem que, devido a todas as dificuldades práticas com que a C.G.A.A. pode deparar-se, a Comissão deveria desistir desta tarefa,²³⁶ chegando mesmo a considerar que a adoção de tal cláusula trará efeitos negativos imediatos ao mercado interno.²³⁷ Consideramos que se trata de uma missão difícil, mas não impossível, o que é demonstrado pela progressiva evolução da jurisprudência e legislação sobre o assunto ao longo dos tempos e que a União Europeia só terá a ganhar com a progressiva uniformização de um conceito tão importante e tão sensível. Apenas por esta via se conseguirá conciliar o objetivo da tributação efetiva pelos Estados sem risco de perda de receita em circunstâncias inapropriadas, com a garantia de segurança jurídica dos cidadãos comunitários e justiça na respetiva tributação.

²³⁶ “It is unclear why the Commission is insisting anyhow to implement a GAAR although it is aware of these practical problems.” AITOR NAVARRO, LEOPOLDO PARADA & PALOMA SCHWARZ, “The Proposal for an EU Anti-avoidance Directive: Some Preliminary Thoughts”, in *EC Tax Review*, 2016, 3, p. 125.

²³⁷ *Idem*, “some measures contained in the (...) Directive should be seriously reconsidered, if not directly excluded based on their immediate negative effects on the internal market. This is the case of (...) the inclusion of a common GAAR.” (p. 131).

7 Conclusões

1. A legitimidade do legislador para estatuir comportamentos abusivos funda-se no caráter artificial dos mesmos, tendo portanto o elemento normativo (corporizado no requisito da artificialidade) que marcar presença, obrigatoriamente, nos dispositivos antiabuso.
2. No entanto, “artificialidade” é um conceito indeterminado, carente de interpretação.
3. Ao nível do labor da O.C.D.E. em torno da prevenção do abuso no setor sobre o qual exerce influência – o do abuso de C.D.T.s refletido na regra P.P.T. sugerida no âmbito da Ação 6 do B.E.P.S. – não é conferido um papel de destaque ao requisito da artificialidade nas condutas abusivas.
4. A ausência desse conceito-chave, aliada a outras fragilidades que detetámos na norma – tais como a aparente inversão do ónus da prova ou o caráter não exclusivo/predominante das intenções objetivas de elisão fiscal – proporcionam à regra P.P.T. um nível excessivo de insegurança jurídica que, a nosso ver, não traz qualquer vantagem ao tráfego jurídico e comercial.
5. Já ao nível do trabalho legislativo da U.E. sobre o tópico da prevenção de práticas de elisão fiscal que tenham incidência direta no funcionamento do mercado interno denota-se um meritório esforço de inclusão e densificação do requisito da artificialidade²³⁸ no art. 6.º da A.T.A.D..²³⁹
6. Assim, partilhamos da visão dos autores que sustentam que, apesar de lhe poderem ser apontados alguns pontos a melhorar, a existência desta cláusula se justifica²⁴⁰ e é mesmo desejável uma vez que, sem prejudicar a segurança jurídica do destinatário, parece ser capaz de acautelar a preocupação de evitar a perda de receita fiscal dos E.M.s através dos esquemas elisivos.
7. É essencialmente neste ponto (o da segurança jurídica derivada da presença de um conceito de artificialidade minimamente delimitado) que reside toda a diferença entre as duas redações, sendo também daqui que deriva o risco de cada Estado individualmente

²³⁸ Embora sem a utilização dessa designação diretamente, como se viu.

²³⁹ Apesar de, pelos motivos enunciados no ponto 4.2, preferirmos não analisar em primeira linha a Regra Geral Antielisão baseada numa Avaliação do Objetivo Principal (presente no ponto 3 da Recomendação (UE) 2016/136 da Comissão, de 28 de janeiro de 2016, relativa à aplicação de medidas contra práticas abusivas em matéria de convenções fiscais), reiteramos que ela acolheu boa parte da doutrina do abuso (designadamente a presença de um conceito de artificialidade) pelo que, apesar da aparente semelhança de redação, em termos materiais ela está mais próxima das virtudes apontadas à C.G.A.A. europeia do que das lacunas apontadas à regra P.P.T..

²⁴⁰ Nomeadamente, CARLOS PALAO TABOADA, “OECD Base Erosion and Profit Shifting Action 6: The General Anti-Abuse Rule”, in *Bulletin for International Taxation*, 2015, 10, p. 602.

– principalmente os da U.E. em que se pretende uma atuação conjunta e uniforme – interpretar e aplicar autonomamente as sugestões do Projeto B.E.P.S..

8. Apesar da inevitável – e até desejável – presença de conceitos indeterminados neste tipo de cláusulas, “the wording of a GAAR is decisive: it matters which requirements a GAAR has”,²⁴¹ não podendo ser considerado pelo intérprete o pensamento legislativo que não tenha na letra da lei um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expreso.
9. A nosso ver, os Tribunais dos E.M.s não devem basear-se direta e exclusivamente nas Ações do Projeto B.E.P.S. para interpretarem as cláusulas antiabuso (*maxime* o conceito de artificialidade). É o legislador interno quem deve ser célere a perceber se tais recomendações devem ter acomodação na sua lei, nunca perdendo de vista a respetiva compatibilidade com o ordenamento jurídico regional em que se insere (U.E.). É ao legislador que compete a colmatação de quaisquer lacunas pela via apropriada e não a cada intérprete, sendo evidentes os riscos de segurança jurídica que tal “inversão de papeis” pode comportar.
10. Uma C.G.A.A. uniforme é preferível face a diversas C.G.A.A.s internas descoordenadas, da autoria de cada Estado a título individual, tanto para os E.M.s da U.E. como para todos os Estados da O.C.D.E. no que toca às C.D.T.s por si celebradas, não tanto porque haja uma garantia de que a primeira combate melhor as situações de abuso fiscal internacional do que as segundas, mas fundamentalmente porque (i) da perspetiva das administrações tributárias, constitui uma boa forma de garantir que existe ao menos um patamar mínimo de proteção das bases fiscais dos Estados e que uns não são mais atrativos que os outros com base na diferente formulação ou mesmo inexistência de C.G.A.A.s e (ii) da perspetiva do contribuinte, fornece segurança jurídica, principalmente no contexto da U.E. em que não é suposto existir este tipo de incertezas no momento do exercício das liberdades de circulação prevendo-se mesmo a probabilidade de redução do número de litígios fiscais das empresas europeias que operam em diversos E.M.s, o que tem um impacto positivo também na redução de custos das administrações desses Estados²⁴²

²⁴¹ TOBIAS FRANZ, “The General Anti-Abuse Rule Proposed by the European Commission”, in *Intertax*, 2015, 2, p. 672.

²⁴² Neste sentido TOBIAS FRANZ, “The General Anti-Abuse Rule Proposed by the European Commission”, in *Intertax*, 2015, 2, p. 663 e o entendimento vertido nas pp. 9 e 38 do Commission Staff Working Document - Impact Assessment *Accompanying* the Communication from the Commission to the European Parliament and the Council - An Action Plan to strengthen the fight against tax fraud and tax evasion; the Commission Recommendation regarding measures intended to encourage third countries to

11. Apesar de, no caso do art. 6.º da A.T.A.D., estarmos perante um instrumento que não é de aplicabilidade direta mas depende de transposição e, portanto, alguma doutrina lhe apontar eventuais “riscos” de falta de uniformização,²⁴³ estamos confiantes quanto a que seja entendimento comum que é requisito obrigatório em todas as transposições a presença de uma menção escrita ao requisito da artificialidade (ainda que com opções de redação que utilizem outras designações como ocorre no art. 6.º da A.T.A.D.), o que permitirá ultrapassar muitos obstáculos de interpretação que adviriam da tendência de cada Estado se aproximar dos argumentos vertidos no relatório da Ação 6 e os interpretar “à sua maneira”, fora do contexto apropriado e sem preocupação de uniformização com a atuação e entendimento dos restantes E.M.s.
12. Em termos de evolução do “ambiente fiscal internacional”, o que se observa é que se passou muito rápido de um espírito de, embora regulada, concorrência fiscal bastante autónoma e livre, para um controlo muito apertado – quem sabe até exagerado – mas perceptível no contexto da permanente fuga e evitação de impostos que vinham sendo protagonizados principalmente pelas grandes multinacionais e que levou à implementação do Programa B.E.P.S..
13. No entanto, não podemos deixar de dar a nota final e em jeito de aliciamento do leitor para que fique atento aos “próximos desenvolvimentos” neste campo, de que se tem assistido recentemente a uma paulatina alteração de paradigma dessa mesma interpretação e condução do movimento B.E.P.S. – acompanhado de perto pela U.E. - com tendência para deixar de ver as multinacionais como os “vilões” e optando antes por apostar num trabalho próximo e conjunto com os países (quer sejam ou não membros do G-20 e da O.C.D.E., numa perspetiva de inclusão e abertura, buscando a maior coordenação possível de atuações à escala global, pelo menos ao nível de *standards* mínimos) e outras organizações internacionais, de modo a perceber de que forma as políticas fiscais podem contribuir para a inovação e crescimento, começando até a ficar pouco claro se atualmente o movimento B.E.P.S. visa proteger as bases tributárias dos Estados ou assegurar uma justa concorrência fiscal,²⁴⁴ sendo que em nossa opinião ambos os desideratos não são, de modo algum, incompatíveis e podem

apply minimum standards of good governance in tax matters; the Commission Recommendation on aggressive tax planning, de 06.12.2012, SWD(2012) 403 final.

²⁴³ “The application of uniform law by national courts always bear the risk that the law is differently applied in different Member States.” TOBIAS FRANZ, “The General Anti-Abuse Rule Proposed by the European Commission”, in *Intertax*, 2015, 2, p. 666.

²⁴⁴ Cfr. considerações introdutórias (CATHLEEN PHILLIPS, “The BEPS Goes On” e MINDY HERZFELD “New Analysis BEPS 2.0: The OECD Takes on New Territory”) da *Tax Notes International*, 2016, 12, pp. 985 a 990.

perfeitamente conviver enquanto objetivos simultâneos,²⁴⁵ constituindo prova e exemplo disso o labor jurisprudencial e legislativo da U.E.. Este entendimento vai, portanto precisamente no sentido que defendemos: o abuso fiscal deve ser perseguido, sim, mas apenas quando tal se justifique e se revele positivo e justo. Não pode deixar de ser uma avaliação caso a caso – tal como sempre foi entendido o funcionamento das C.G.A.A.s – pois generalizações correm o risco de tomar a parte pelo todo.

²⁴⁵ No mesmo sentido vai ROLF EICKE na sua obra *Tax Planning with Holding Companies – Repatriation of US Profits from Europe. Concepts, Strategies, Structures*, vol. 22, 2009, ao dizer, na p. 108 que “Tax harmonization is not the counterpart of tax competition and it does not mean that it is less beneficial for an international tax planner, since tax planning and tax harmonization have the same paramount goal – to provide an uncompromised free movement of capital.”

Bibliografia

AA.VV.

- “Abuse of Tax Law across Europe”, Parts I and II, in *EC Tax Review*, Vol. 19, N.ºs 2 and 3, The Netherlands: Kluwer Law International, 2010, pp. 85-96 and 123-137.

AA.VV.

- *Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) Impact for European and international tax policy* (Ed. Robert Danon), Geneva/Zurich/Basel: Schulthess, 2016

AA.VV.

- *Prohibition of Abuse of Law – A New General Principle of EU Law?* (Ed. Rita de la Feria & Stefan Vogenauer), Oxford: Hart Publishing, 2011.

ALMENDRAL, Violeta Ruiz

- “Tax Avoidance and the European Court of Justice: What is at Stake for European General Anti-Avoidance Rules?”, in *Intertax*, Vol. 33, N.º 12, The Netherlands: Kluwer Law International, 2005, pp. 562-583.

ARAMAYO, SILVIA VELARDE

- “A Common GAAR to Protect de Harmonized Corporate Tax Base: More Chaos in the Labyrinth”, in *EC Tax Review*, Vol. 25, N.º 1, The Netherlands: Kluwer Law International, 2016, pp. 4-17.

ASCENSÃO, José de Oliveira

- *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, 13.^a edição refundida, 4^a Reimpressão, Coimbra: Almedina, 2010.

BAKER, Philip

- “The BEPS Action Plan in the Light of EU Law: Treaty Abuse”, in *British Tax Review*, N.º 3, London: Sweet & Maxwell, 2015, pp. 408-416.

BARENFELD, Jesper

- “A Common Consolidated Corporate Tax Base in the European Union – A beauty or a beast in the quest for tax simplicity”, in *Bulletin for International Taxation*, Vol. 61, N.º 7, The Netherlands: I.B.F.D., 2007.

BARRETO, Paulo Ayres / Caio Augusto Takano

- “The Prevention of Tax Treaty Abuse in the BEPS Action 6: A Brazilian Perspective”, in *Intertax*, Vol. 43, N.º 12, The Netherlands: Kluwer Law International, 2015, pp. 825-838.

BRAUNER, Yariv

- “BEPS: An Interim Evaluation”, in *World Tax Journal*, Vol. 6, N.º 1, The Netherlands: I.B.F.D., 2014, pp. 10-39.

BROE, Luc De

- “Tax Treaty and the EU Law aspects of the LOB and PPT provision proposed by BEPS Action 6”, in *Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) Impact for European and international tax policy* (Ed. Robert Danon), Geneva/Zurich/Basel: Schulthess, 2016, pp. 197-252.
- *International Tax Planning and Prevention of Abuse*, Vol. 14 in the Doctoral Series, The Netherlands: I.B.F.D., 2008.

BROE, Luc De / Joris Luts

- “BEPS Action 6: Tax Treaty Abuse”, in *Intertax*, Vol. 43, N.º 2, The Netherlands: Kluwer Law International, 2015, pp. 122–146.

BUFFARD, Isabelle / Karl Zemanek

- “The “Object and Purpose” of a Treaty: An Enigma?”, in *Austrian Review of International & European Law*, 3, The Netherlands: Kluwer Law International, 1998, pp. 311–343.

CALDAS, Marta

- *O conceito de planeamento fiscal agressivo: novos limites ao planeamento fiscal?*, Coimbra: Almedina, 2015.

CANDEIAS, Mónica Pinto

- *As Cláusulas Anti-Abuso no Contexto Fiscal Europeu – Breve Análise da Jurisprudência do Tribunal de Justiça*, Relatório de Mestrado em Ciências Jurídico-Comunitárias pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, sob orientação do Prof. Dr. Saldanha Sanches, 2006.

CAROLIS, Daniele De

- “The Reverberation Effect of the EU Notion of Abuse of Law on the Italian Tax Legal System: Towards an Enhanced Horizontal Interaction Among National General Anti-Abuse Rules?”, in *Intertax*, Vol. 45, N.º 2, Netherlands: Kluwer Law International, 2017, pp. 169-174.

CARRERO, José Manuel Calderón / Alberto Quintas Seara

- “The Concept of ‘Aggressive Tax Planning’ Launched by the OECD and the EU Commission in the BEPS Era: Redefining the Border between Legitimate and Illegitimate Tax Planning”, in *Intertax*, Vol. 44, N.º 3, The Netherlands: Kluwer Law International, 2016, pp. 206-226.

CERIONI, Luca

- “The Commission’s Proposal for a CCCTB Directive: Analysis and Comment”, in *Bulletin for International Taxation*, Vol. 65, N.º 9, The Netherlands: I.B.F.D., 2011.

CORDEWENER, Axel

- “Anti-Abuse Measures in the Area of Direct Taxation: Towards Converging Standards under Treaty Freedoms and EU Directives?”, in *EC Tax Review*, Vol. 26, N.º 2, The Netherlands: Kluwer Law International, 2017, pp. 60-66.

COURINHA, Gustavo Lopes

- “BEPS e o sistema fiscal português: uma primeira incursão”, in *Cadernos de Justiça Tributária*, N.º 04, Braga: Cejur, abril-junho 2014, pp. 3-10.
- *A Cláusula Geral Anti-Abuso no Direito Tributário – Contributos para a sua Compreensão*, Coimbra: Almedina, 2004.

DEBELVA, Filip / Dina Scornos / Jan Van Den Berghen / Pieter Van Braband

- “LOB Clauses and EU-Law Compatibility: A Debate Revived by BEPS?”, in *EC Tax Review*, Vol. 24, N.º 3, The Netherlands: Kluwer Law International, 2015, pp. 132-143.

DOURADO, Ana Paula

- *Direito Fiscal – Lições*, Coimbra: Almedina, 2016.
- “May You Live In Interesting Times”, in *Intertax*, Vol. 44, N.º 1, The Netherlands: Kluwer Law International, 2016, pp. 2-5.

- “The EU Anti Tax Avoidance Package: Moving Ahead of BEPS?”, in *Intertax*, Vol. 44, N.º 6, The Netherlands: Kluwer Law International, 2016, pp. 440-446.
- “Aggressive Tax Planning in EU Law and in the Light of BEPS: The EC Recommendation on Aggressive Tax Planning and BEPS Actions 2 and 6”, in *Intertax*, Vol. 43, N.º 1, The Netherlands: Kluwer Law International, January 2015, pp. 42-57.
- “The Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) Initiative under Analysis”, in *Intertax*, Vol. 43, N.º 1, The Netherlands: Kluwer Law International, 2015, pp. 2-5.
- “A Single Principle of Abuse in European Union Law: A Methodological Approach to Rejecting a Different Concept of Abuse in Personal Taxation”, in *Prohibition of Abuse of Law – A New General Principle of EU Law?* (Ed. Rita de la Feria & Stefan Vogenauer), Oxford: Hart Publishing, 2011, pp. 469-483.
- *Lições de Direito Fiscal Europeu – Tributação Directa*, Coimbra: Wolters Kluwer Portugal sob a marca Coimbra Editora, 2010.
- *O Princípio da Legalidade Fiscal: tipicidade de conceitos jurídicos indeterminados e margem de livre apreciação* – Tese de doutoramento em ciências jurídico-económicas apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2005.

EICKE, Rolf

- *Tax Planning with Holding Companies – Repatriation of US Profits from Europe – Concepts, Strategies, Structures*, EUCOTAX Series on European Taxation, Vol. 22, The Netherlands: Kluwer Law International, 2009.

ENGELLEN, Frank

- *Interpretation of Tax Treaties under International Law*, Vol. 7 in the Doctoral Series, IBFD, 2004.

FERIA, Rita de la

- “Prohibition of Abuse of Community Law: The Creation of a New General Principle of EC Law through Tax”, in *Common Market Law Review*, Vol. 45, N.º 2, The Netherlands: Kluwer Law International, April 2008, pp. 395-441.

FERIA, Rita de la/Mário Costa Silva

- “O impacto de Ocean Finance no conceito de Abuso do Direito para efeitos de IVA. Comentário ao acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia no processo *Newey (Ocean Finance)* (Processo C-653/11), de 20 de Junho de 2013, Tribunal de Justiça, Terceira Secção (Relator Juiz C. Toader)”, in *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, Ano VI, n.º 3 (Outono), Coimbra: Coimbra Editora, 2013, pp. 321-347.

FERNANDES, David / Kerrie Sadiq

- “A Principled Framework for Assessing General Anti-Avoidance Regimes”, in *British Tax Review*, N.º 2, London: Sweet & Maxwell, 2016, pp. 172-207.

FRANZ, Tobias

- “The General Anti-Abuse Rule Proposed by the European Commission”, in *Intertax*, Vol. 43, N.º 2, The Netherlands: Wolters Kluwer, November 2015, pp. 660-672.

GINEVRA, Guglielmo

- “The EU Anti-Tax Avoidance Directive and the Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) Action Plan: Necessity and Adequacy of the Measures at EU level”, in *Intertax*, Vol. 45, N.º 2, The Netherlands: Kluwer Law International, 2017, pp. 120-137.

GODOI, Marciano S.

- *Fraude a la ley y conflicto en la aplicación de las leyes tributárias*, Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 2005.

GRAAF, Arnaud De & Klaas-Jan Visser,

- “ATA Directive: Some Observations Regarding Formal Aspects”, in *EC Tax Review*, Vol. 25, N.º 4, The Netherlands: Kluwer Law International, 2016, pp. 199-210.

GROOT, Isabella de

- “The Switch-Over Provision in the Proposal for an Anti-tax Avoidance Directive and Its Compatibility with the EU Treaty Freedoms”, in *EC Tax*

Review, Vol. 25, N.º 3, The Netherlands: Kluwer Law International, 2016, pp. 162-169.

HELMINEN, Marjaana

- *EU Tax Law Direct Taxation*, The Netherlands: IBFD, 2015.

HERZFELD, Mindy

- “New Analysis BEPS 2.0: The OECD Takes on New Territory”, in *Tax Notes International*, Tax Analysts, Vol. 81, N.º 12, 2016, pp. 987-990.

JONES, J. F. Avery

- *Tax Havens and Measures Against Tax Evasion and Avoidance in the EEC*, London: Associated Business Programmes, 1974.

KARADKAR, Radhika

- “Action 6 of the OECD/G20 BEPS Initiative: The Effect on Holding Companies”, in *Bulletin for International Taxation*, Vol. 71, N.º 3/4, Published online: I.B.F.D., 2017, pp. 1-23.

KARIMERI, Rami

- “A Critical Review of the Definition of Tax Avoidance in the Case Law of the European Court of Justice”, in *Intertax*, Vol. 39, N.º 6/7, The Netherlands: Wolters Kluwer, 2011, pp. 296-316.

KEMMEREN, Eric,

- “Where is EU Law in the OECD BEPS Discussion?”, in *EC Tax Review* Vol. 23, N.º 4, The Netherlands: Kluwer Law International, 2014, pp. 190-193.

KIEKEBELD, Ben

- “Anti-abuse in the Field of Taxation: Is There One Overall Concept?”, in *EC Tax Review*, Vol. 18, N.º 4, The Netherlands: Kluwer Law International, 2009, pp. 144-145.

KJELLGREN, Anders

- “On the Border of Abuse – The Jurisprudence of the European Court of Justice on Circumvention, Fraud and Other Misuses of Community Law”, in

European Business Law Review, Vol. 11, N.º 3, The Netherlands: Kluwer Law International, 2000, pp. 179-194.

KOK, Reinout

- “The Principal Purpose Test in Tax Treaties under BEPS 6”, in *Intertax*, Vol. 44, N.º 5, The Netherlands: Kluwer Law International, 2016, pp. 406-412.

KOKOLIA, Evgenia / Evgenia Chatziioakeimidou

- “BEPS Impact on EU Law: Hybrid Payments and Abusive Tax Behaviour”, in *European Taxation*, Vol. 55, N.º 4, The Netherlands: I.B.F.D., 2015, pp. 149-156.

KORIAK, Oleksandr

- “The Principal Purpose Test under BEPS Action 6: Is the OECD Proposal Compliant with EU Law?”, in *European Taxation*, Vol. 56, N.º 12, The Netherlands: I.B.F.D., 2016, pp. 552-559.

LANG, Michael

- “BEPS Action 6: Introducing an Antiabuse Rule in Tax Treaties”, in *Tax Notes International*, Vol. 74, n.º 7, Tax Analysts, 2014, pp. 655-664.

LANG, Michael/Sabine Heidenbauer

- “Wholly Artificial Arrangements”, in *A Vision of Taxes within and outside European Borders - FS in honour of Prof. Dr. Frans Vanistendael* (Ed.s Luc Hinnekens/Philippe Hinnekens), The Netherlands: Kluwer Law International, 2008, pp. 597-615.

LOBO, Carlos

- “BEPS... a redefinição da política fiscal internacional global?”, in *Fiscalidade(s) na vanguarda do pensamento, 2 anos, 104 reflexões*, Ernst & Young, S.A., Coimbra: Almedina, 2015, pp. 131-132.

LYONS, Timothy

- “The financial crisis, tax avoidance and EU GAAR”, in *British Tax Review*, N.º 2, London: Sweet & Maxwell, 2013, pp. 111-117..

MARTINS, Alexandra Coelho

- “A Admissibilidade de uma Cláusula Geral Anti-Abuso em Sede de I.V.A.”, in *Cadernos IDEFF*, n.º 7, Coimbra: Almedina, 2007.

MORENO, Andrés Báez

- “A pan-European GAAR? Some (un)expected consequences of the proposed EU Tax Avoidance Directive combined with the *Dzodzi* line of cases” in *British Tax Review*, N.º 2, London: Sweet & Maxwell, 2016, pp. 143-151.

MUTÉN, Leif

- “The effects of ECJ rulings on Member States’ direct tax law – Introductory speech”, in *Towards a Homogeneous EC Direct Tax Law – An Assessment of the Member States – Responses to the ECJ’s Case Law* (Ed. Cécile Brokelind); The Netherlands: IBFD, 2007, pp. 29-40.

NAVARRO, Aitor / Leopoldo Parada / Paloma Schwarz

- “The Proposal for an EU Anti-avoidance Directive: Some Preliminary Thoughts”, in *EC Tax Review* Vol. 25, N.º 3, The Netherlands: Kluwer Law International, 2016, pp. 117-131.

NOGUEIRA, João Félix Pinto

- “Abuso de direito em Fiscalidade directa. A emergência de um novo operador jurisprudencial comunitário”, in *JusJornal*, n.º 1268, JusNet, 4 de julho 2011.

PALMA, Clotilde Celorico

- “A Comunicação da Comissão Europeia sobre a aplicação de medidas anti-abuso”, in *TOC*, Ano X, N.º 114, Lisboa: Câmara dos Técnicos Oficiais de Contas, 2009, pp. 40-45.

PANAYI, Christiana Hji,

- “The Compatibility of the OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Proposals with EU Law”, in *Bulletin for International Taxation*, Vol. 70, N.º 1/2, The Netherlands: IBFD, 2016, pp. 95-112.

- “Is Aggressive Tax Planning Socially Irresponsible?”, in *Intertax*, Vol. 43, N.º 10, The Netherlands: Kluwer Law International, 2015, pp. 544-558.

PEETERS, Bruno

- “European Supervision on the Use of Vague and Undetermined Concepts in Tax Laws”, in *EC Tax Review*, Vol. 22, N.º 3, The Netherlands: Kluwer Law International, 2013, pp. 112-114.

PHILLIPS, Cathleen

- “The BEPS Goes On”, in *Tax Notes International*, vol. 81, n.º 12, Tax Analysts, 2016, pp. 985-986.

PIANTAVIGNA, Paolo

- “Tax Abuse and Aggressive Tax Planning in the BEPS Era: How EU Law and the OECD Are Establishing a Unifying Conceptual Framework in International Tax Law, despite Linguistic Discrepancies”, in *World Tax Journal*, Vol. 9, N.º 1, The Netherlands: I.B.F.D., 2017, pp. 47-98.

PINETZ, Erik

- “Final Report on Action 6 of the OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Initiative: Prevention of Treaty Abuse”, in *Bulletin for International Taxation*, Vol. 70, N.ºs 1/2, The Netherlands: I.B.F.D., 2016, pp. 113-120.

PINHEIRO, Gabriela

- *A Fiscalidade Directa na União Europeia – Colecção Estudos e Monografias*, Porto: Edição Universidade Católica Portuguesa/Distribuição Coimbra Editora, 1998.

PISTONE, Pasquale

- *The Impact of Community Law on Tax Treaties*, Vol. 4, ECOTAX Series, London: Kluwer Law International, 2002.

POULSEN, Martin

- “Treaty/Directive Shopping and Abuse of EU Law”, in *Intertax*, Vol. 41, N.º 4, The Netherlands: Wolters Kluwer, 2013, pp. 230-251.

RAMÍREZ, Guzmán

- “World Trade Organization Finding on Anti-Avoidance Measures To Counter Foreign Preferential Tax Regimes versus the Free Flow of Capital and Investment”, in *Bulletin for International Taxation*, Vol. 71, N.º 2, Published online: I.B.F.D., 2017, pp. 1-6.

REED, Lord Robert

- “Anti-Avoidance Principles Under Domestic and EU Law”, in *British Tax Review*, N.º 3, London: Sweet & Maxwell, 2016, pp. 288-298.

ROLIM, João Dácio

- “The General Anti-Avoidance Rule: Its Expanding Role in International Taxation”, in *Intertax*, Vol. 44, N.º 11, The Netherlands: Kluwer Law International, 2016, pp. 815-822.

SANCHES, J. L. Saldanha

- *Os Limites do Planeamento Fiscal – Substância e Forma no Direito Fiscal Português, Comunitário e Internacional*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

SAYDÉ, Alexandre

- *Abuse of EU Law and Regulation of the Internal Market*, Oxford: Hart Publishing, 2014.

SCHAPER, Marcel G.H.

- “The Need to Prevent Abusive Practices and Fraud as a Composite Justification”, in *EC Tax Review*, Vol. 23, N.º 4, The Netherlands: Wolters Kluwer, 2014, pp. 220-229.

SCHELLING, Christoph / Jessica Salom / Natassia Burkhalter,

- “Overview of the Base Erosion and Profit Shifting Project”, in *Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) Impact for European and international tax policy* (Ed. Robert Danon), Geneva/Zurich/Basel: Schulthess, 2016, pp. 1-21

SCHÖN, Wolfgang

- “Abuse of rights and European tax law”, in *Comparative Perspectives on Revenue Law, Essays in honour of John Tiley*, Ed. By John Avery

Jones/Peter Harris/David Oliver, Cambridge: Cambridge University Press, 2008, pp. 75-98.

SCHÖN, Wolfgang / Philip Baker

- “Introduction to the Special Issue on the OECD Base Erosion and Profit Shifting Action Plan and European Union Law – The BEPS Action Plan in the light of EU law”, in *British Tax Review*, N.º 3, London: Sweet & Maxwell, 2015, pp. 277-279.

SILVA, Bruno da

- “Reconsidering the Application and Interpretation of Anti-treaty Shopping Rules in the Context of Developing Countries”, in *Intertax*, Vol. 44, N.º 3, The Netherlands: Kluwer Law International, 2016, pp. 227-246.

SØRENSEN, Karsten Engsig

- “Abuse of Rights in Community Law: A Principle of Substance or merely Rhetoric?”, in *Common Market Law Review*, Vol. 43, N.º 2, The Netherlands: Kluwer Law International, 2006, pp. 425-459.

TABOADA, Carlos Palao

- “OECD Base Erosion and Profit Shifting Action 6: The General Anti-Abuse Rule”, in *Bulletin for International Taxation*, Vol. 69, N.º 10, The Netherlands: IBFD, 2015, pp. 602-608.

TERRA, Ben J. M./Peter J. Wattel

- *European Tax Law – Student edition*, 6.^a ed., Deventer: Wolters Kluwer, 2012.

VANISTENDAEL, Frans

- “Is Tax Avoidance the Same Thing under the OECD Base Erosion and Profit Shifting Action Plan, National Tax Law and EU Law?”, in *Bulletin for International Taxation*, Vol. 70, N.º 3, The Netherlands: I.B.F.D., 2016, pp. 163-172.
- “Halifax and Cadbury Schweppes: one single European theory of abuse in tax law?”, in *EC Tax Review*, Vol. 15, N.º 4, The Netherlands: Wolters Kluwer, 2006, pp. 192-195.

WEBER, Dennis

- *Tax Avoidance and the EC Treaty Freedoms – A Study of the Limitations under European Law to the Prevention of Tax Avoidance*, Vol. 11 of ECOTAX Series on European Taxation, The Netherlands: Kluwer Law International, 2005.

ZALANSINSKI, Adam

- “Proportionality of Anti-Avoidance and Anti-Abuse Measures in the ECJ’s Direct Tax Case Law”, in *Intertax*, Vol. 35, N.º 5, The Netherlands: Kluwer Law International, 2007, pp. 310-321.

Legislação²⁴⁶

Nacional

- Código Civil (C.C.), Decreto-Lei n.º 47344/66, de 25 de novembro, Diário do Governo n.º 274/1966, Série I de 1966-11-25, com todas as alterações até à presente data;
- Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares (C.I.R.S.), Decreto-Lei n.º 442-A/88, de 30 de novembro, Diário da República n.º 277/1988, 1º Suplemento, Série I de 1988-11-30, com todas as alterações até à presente data;
- Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas (C.I.R.C.) – Decreto-Lei n.º 442-B/88, de 30 de novembro, Diário da República n.º 277/1988, 2º Suplemento, Série I de 1988-11-30, com todas as alterações até à presente data;
- Lei Geral Tributária (L.G.T.), Decreto-Lei n.º 398/98, de 17 de dezembro, Diário da República n.º 290/1998, Série I-A de 1998-12-17, com todas as alterações até à presente data;
- Código de Procedimento e de Processo Tributário (C.P.P.T.), Decreto-lei n.º 433/99, Diário da República n.º 250/1999, Série I-A de 1999-10-26, com todas as alterações até à presente data;
- Regime Geral das Infrações Tributárias (R.G.I.T.), Lei n.º 15/2001, de 05 de junho, Diário da República n.º 130/2001, Série I-A de 2001-06-05, com todas as alterações até à presente data;
- Resolução da Assembleia da República n.º 67/2003, que aprova, para adesão, a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, assinada em 23 de maio de 1969, Diário da República n.º 181/2003, Série I-A de 2003-08-07, com todas as alterações até à presente data.
- Decreto-Lei n.º 29/2008, de 25 de fevereiro, que estabelece deveres de comunicação, informação e esclarecimento à administração tributária para prevenir e combater o planeamento fiscal abusivo, Diário da República n.º 39/2008, Série I de 2008-02-25, com todas as alterações até à presente data;

Comunitária

- Diretiva 2003/49/CE do Conselho, de 3 de junho de 2003 relativa a um regime fiscal comum aplicável aos pagamentos de juros e *royalties* efetuados entre

²⁴⁶ Incluindo *soft law*, e mesmo meros relatórios e recomendações.

sociedades associadas de Estados-Membros diferentes (JO L 157, 26.6.2003, p. 49–54), com todas as alterações até à presente data, disponível para consulta em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32003L0049> ;

- Diretiva 2006/112/CE do Conselho, de 28 de novembro de 2006 relativa ao sistema comum do imposto sobre o valor acrescentado (JO L 347 de 11.12.2006), p. 1, com todas as alterações até à presente data, disponível para consulta em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:2006L0112:20100115:PT:PDF> ;
- Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu e ao Comité Económico e Social Europeu sobre a aplicação de medidas anti-abuso na área da tributação direta (COM/2007/0785 final), de 10.12.2007, disponível para consulta em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A52007DC0785>
- Diretiva 2008/118/CE do Conselho, de 16 de Dezembro de 2008, relativa ao regime geral dos impostos especiais de consumo e que revoga a Diretiva 92/12/CEE (JO L 9 de 14.1.2009, p. 12—30), com todas as alterações até à presente data, disponível para consulta em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32008L0118>
- Diretiva 2009/133/CE do Conselho, de 19 de outubro de 2009 relativa ao regime fiscal comum aplicável às fusões, cisões, cisões parciais, entradas de ativos e permutas de ações entre sociedades de Estados-Membros diferentes e à transferência da sede de uma S.E. ou de uma S.C.E. de um Estado-Membro para outro (JO L 310 de 25.11.2009), com todas as alterações até à presente data, disponível para consulta em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:310:0034:0046:PT:PDF> ;
- (Primeira) Proposta de Diretiva do Conselho relativa a uma matéria coletável comum consolidada do imposto sobre as sociedades (MCCCIS), COM (2011) 121 final, de 16.03.2011, disponível para consulta em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011PC0121&from=EN> cujas sucessivas alterações estão disponíveis para consulta em <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&language=EN&reference=P7-TA-2012-135> ;
- Diretiva 2011/96/UE do Conselho, de 30 de novembro de 2011 relativa ao regime fiscal comum aplicável às sociedades-mães e sociedades afiliadas de Estados-

Membros diferentes (JO L 345, 29.12.2011, p. 8–16), com todas as alterações até à presente data, disponível para consulta em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:345:0008:0016:PT:PDF> ;

- Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (versão consolidada), de 26.10.2012, (JO C 326, 26.10.2012, p. 47–390), disponível para consulta em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=PT> ;
- Recomendação da Comissão, de 6.12.2012, relativa ao planeamento fiscal agressivo, C (2012) 8806 (JO L 338, 12.12.2012, p. 41–43), disponível para consulta em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32012H0772> ;
- Comunicação da Comissão Europeia ao Parlamento Europeu e ao Conselho, intitulada «Plano de ação para reforçar a luta contra a fraude e evasão fiscais», COM (2012) 722 final, de 6.12.2012, disponível para consulta em https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/com_2012_722_pt.pdf ;
- Commission Staff Working Document - Impact Assessment *Accompanying the Communication from the Commission to the European Parliament and the Council - An Action Plan to strengthen the fight against tax fraud and tax evasion; the Commission Recommendation regarding measures intended to encourage third countries to apply minimum standards of good governance in tax matters; and the Commission Recommendation on aggressive tax planning*, de 06.12.2012, SWD(2012) 403 final, disponível para consulta em http://ec.europa.eu/smart-regulation/impact/ia_carried_out/docs/ia_2012/swd_2012_0403_en.pdf ;
- Proposta de Diretiva do Conselho, de 14.02.2013, que aplica uma cooperação reforçada no domínio do imposto sobre as transações financeiras, COM(2013) 71 final, disponível para consulta em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013PC0071&from=EN> ;
- Documento da Comissão Europeia *Platform for Tax Good Governance - Discussion Paper on the Recommendation on aggressive tax planning*, DOC: Platform/006/2014/EN, Bruxelas, janeiro de 2014, disponível para consulta em http://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/resources/documents/taxation/gen_info/good_governance_matters/platform/meeting_20140206/aggressive_tax_planning.pdf ;

- Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho intitulada «Um sistema de tributação das sociedades justo e eficaz na União Europeia: cinco domínios de ação prioritários», COM (2015) 302 final, de 17.06.2015, disponível para consulta em http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:5e1fd1b0-15b7-11e5-a342-01aa75ed71a1.0020.01/DOC_1&format=PDF .
- Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho, intitulada «Pacote Antielisão Fiscal: Próximas etapas para uma tributação eficaz e maior transparência fiscal na UE», COM (2016) 23 final, de 28.01.2016, disponível para consulta em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A52016DC0023> ;
- Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho sobre uma estratégia externa para uma tributação efetiva – COM (2016) 24 final, de 28.01.2016, disponível para consulta em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A52016DC0024> ;
- Proposta de Diretiva do Conselho que estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal que afetam diretamente o funcionamento do mercado interno, COM (2016) 26 final, de 28.01.2016, disponível para consulta em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016PC0026&from=EN> ;
- Proposta de Diretiva do Conselho que altera a Diretiva 2011/16/UE no que respeita à troca automática de informações obrigatória no domínio da fiscalidade – COM (2016) 25 final, de 28 de janeiro de 2016, disponível para consulta em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=COM%3A2016%3A25%3AFIN> ;
- Recomendação da Comissão de 28.1.2016 relativa à aplicação de medidas contra práticas abusivas em matéria de convenções fiscais – C (2016) 271 final, disponível para consulta em <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/3/2016/PT/3-2016-271-PT-F1-1.PDF> ;
- Recomendação (UE) 2016/136 da Comissão de 28 de janeiro de 2016 relativa à aplicação de medidas contra práticas abusivas em matéria de convenções fiscais (JO L 25, 2.2.2016, p. 67–68), disponível para consulta em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016H0136&from=EN>
- Comunicado de imprensa do Conselho da U.E., “Elisão fiscal das empresas: Conselho define posição sobre as regras antielisão fiscal”, de 21.06.2016,

disponível para consulta em <http://www.consilium.europa.eu/pt/press/press-releases/2016/06/21-corporate-tax-avoidance/> ;

- Diretiva (U.E.) 2016/1164 do Conselho de 12 de julho de 2016 que estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal que tenham incidência direta no funcionamento do mercado interno – COM (2016) 26 final (JO L 193 de 19.7.2016, p. 1—14), disponível para consulta em <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/PT/1-2016-26-PT-F1-1.PDF> ;
- (Nova) Proposta de Diretiva do Conselho relativa a uma matéria coletável comum consolidada do imposto sobre as sociedades (MCCCIS), COM (2016) 685 final, de 25.10.2016, disponível para consulta em <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/PT/COM-2016-685-F1-PT-MAIN.PDF> .²⁴⁷

Internacional

- Relatório da O.C.D.E. sobre competitividade fiscal prejudicial, de 1998 - OECD, Harmful Tax Competition, An Emerging Global Issue, OECD Paris, 1998;
- United Nations Model Taxation Convention between Developed and Developing Countries (C.M.O.N.U.), Nova Iorque, 2012, disponível para consulta em http://www.un.org/esa/ffd/documents/UN_Model_2011_Update.pdf ;
- Model Tax Convention on Income and on Capital (C.M.O.C.D.E.), O.E.C.D. Committee on Fiscal Affairs, 2014, disponível para consulta em http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-2015-full-version_9789264239081-en#.WRYZXGjyIU#page5 ;
- Relatório final da Ação 6 do B.E.P.S. (*Preventing the granting of treaty benefits in inappropriate circumstances, Action 6 – 2015 Final Report*), de outubro de 2015, disponível para consulta em <http://www.oecd.org/tax/preventing-the-granting-of-treaty-benefits-in-inappropriate-circumstances-action-6-2015-final-report-9789264241695-en.htm> ;

²⁴⁷ Deste mesmo pacote faz parte uma outra Proposta de Diretiva - Proposta de Diretiva do Conselho relativa a uma matéria coletável comum consolidada do imposto sobre as sociedades (MCCCIS), COM (2016) 683 final, de 25.10.2016, disponível para consulta em <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/PT/COM-2016-683-F1-PT-MAIN.PDF> - sendo o conjunto das duas propostas que forma o chamado projeto relançado CCCTB.

- Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting, de 24 de novembro de 2016, disponível para consulta em <http://www.oecd.org/tax/treaties/multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-BEPS.pdf> ;
- Explanatory Statement to the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting, disponível para consulta em <http://www.oecd.org/tax/treaties/explanatory-statement-multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-BEPS.pdf> .

Jurisprudência

Comunitária

- Acórdão do T.J.U.E. de 3 de dezembro de 1974, Proc. 33/74 - ECLI:EU:C:1974:131 (*Van Binsbergen/Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid*);
- Acórdão do T.J.U.E. de 11 de outubro de 1977, Proc. C-125/76 - ECLI:EU:C:1977:148 (*Cremer/BALM*);
- Acórdão do T.J.U.E. de 9 de março de 1978, Proc. 106/77 - ECLI:EU:C:1978:49 (*Amministrazione delle finanze dello Stato/Simmenthal*);
- Acórdão do T.J.U.E. de 25 de setembro de 1984, Proc. C-117/83 - ECLI:EU:C:1984:288 (*Könecke/Balm*);
- Acórdão do T.J.U.E. de 28 de janeiro de 1986, Proc. C-270/83 - ECLI:EU:C:1986:37 (*Comissão/França - Avoir Fiscal*);
- Acórdão do T.J.U.E. de 19 de junho de 1990, Proc. C-213/89 - ECLI:EU:C:1990:257 (*The Queen/Secretary of State for Transport, ex parte Factortame*);
- Acórdão do T.J.U.E. de 3 de março de 1993, Proc. C-8/92 - ECLI:EU:C:1993:82 (*General Milk Products/Hauptzollamt Hamburg-Jonas*);
- Acórdão do T.J.U.E. de 15 de maio de 1997, Proc. C-250/95 - ECLI:EU:C:1997:239 (*Futura Participations e Singer/Administration des contributions*);
- Acórdão do T.J.U.E. de 17 de julho de 1997, Proc. C-28/95 - ECLI:EU:C:1997:369 (*Leur-Bloem/Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam 2*);
- Acórdão do T.J.U.E. de 28 de abril de 1998, Proc. C-118/96 - ECLI:EU:C:1998:170 (*Safir/Skattemyndigheten i Dalarnas län*);
- Acórdão do T.J.U.E. de 12 de maio de 1998, Proc. C-336/96 - ECLI:EU:C:1998:221 (*Gilly/Directeur des services fiscaux du Bas-Rhin*);
- Acórdão do T.J.U.E. de 16 de Julho de 1998, Proc. C-264/96 - ECLI:EU:C:1998:370 (*Imperial Chemical Industries/Colmer - ICI*);
- Acórdão do T.J.U.E. de 9 de março de 1999 - Proc. C-212/97 - ECLI:EU:C:1999:126 (*Centros*);

- Acórdão do T.J.U.E. de 26 de outubro de 1999 – Proc. C-294/97 - ECLI:EU:C:1999:524 (*Eurowings Luftverkehr*);
- Acórdão do T.J.U.E. de 28 de outubro de 1999, Proc. C-55/98 - ECLI:EU:C:1999:533 (*Vestergaard*);
- Acórdão do T.J.U.E. de 14 de dezembro de 2000, Proc. C-110/99 - ECLI:EU:C:2000:695 (*Emsland-Stärke*);
- Acórdão do T.J.U.E. de 15 de janeiro de 2002, Proc. C-43/00 - ECLI:EU:C:2002:15 (*Andersen og Jensen*);
- Acórdão do T.J.U.E. de 3 de outubro de 2002, Proc. C-136/00 - ECLI:EU:C:2002:558 (*Danner*);
- Acórdão do T.J.U.E. de 21 de novembro de 2002, Proc. C-436/00 - ECLI:EU:C:2002:704 (*X & Y*);
- Acórdão do T.J.U.E. de 12 de dezembro de 2002, Proc. C-324/00 - ECLI:EU:C:2002:749 (*Lankhorst-Hohorst*);
- Acórdão do T.J.U.E. de 26 de junho de 2003, Proc. C-422/01 - ECLI:EU:C:2003:380 (*Skandia e Ramstedt*);
- Acórdão do T.J.U.E. de 30 de setembro de 2003, Proc. C-167/01 - ECLI:EU:C:2003:512 (*Inspire Art*);
- Acórdão do T.J.U.E. de 11 de março de 2004, Proc. C-9/02 - ECLI:EU:C:2004:138 (*De Lasteyrie du Saillant*);
- Acórdão do T.J.U.E. de 12 de julho de 2005, Proc. C-403/03 - ECLI:EU:C:2005:446 (*Schempp*);
- Acórdão do T.J.U.E. de 13 de dezembro de 2005, Proc. C-446/03 - ECLI:EU:C:2005:763 (*Marks & Spencer I*);
- Acórdão do T.J.U.E. de 23 de fevereiro de 2006, Proc. C-513/03 - ECLI:EU:C:2006:131 (*Van Hilten-Van der Heijden*);
- Acórdão do T.J.U.E. de 7 de setembro de 2006, Proc. C-470/04 - ECLI:EU:C:2006:525 (*N.*);
- Acórdão do T.J.U.E. de 12 de setembro de 2006, Proc. C-196/04 - ECLI:EU:C:2006:544 (*Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas*);
- Acórdão do T.J.U.E. de 13 de março de 2007, Proc. C-524/04 - ECLI:EU:C:2007:161 (*Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*);

- Acórdão do T.J.U.E. de 29 de março de 2007, Proc. C-347/04 - ECLI:EU:C:2007:194 (*Rewe Zentralfinanz*);
- Acórdão do T.J.U.E. de 5 de julho de 2007, Proc. C-321/05 - ECLI:EU:C:2007:408 (*Kofoed*);
- Acórdão do T.J.U.E. de 18 de julho de 2007, Proc. C-231/05 - ECLI:EU:C:2007:439 (*Oy AA*);
- Acórdão do T.J.U.E. de 21 de fevereiro de 2008, Proc. C-425/06 - ECLI:EU:C:2008:108 (*Part Service*);
- Acórdão do T.J.U.E. de 22 de maio de 2008, Proc. C-162/07 - ECLI:EU:C:2008:301 (*Ampliscientifica e Amplifin*);
- Acórdão do T.J.U.E. de 17 de setembro de 2009, Proc. C-182/08 - ECLI:EU:C:2009:559 (*Glaxo Wellcome*);
- Acórdão do T.J.U.E. de 21 de janeiro de 2010, Proc. C-311/08 - ECLI:EU:C:2010:26 (*SGI*);
- Acórdão do T.J.U.E. de 20 de maio de 2010, Proc. C-352/08 - ECLI:EU:C:2010:282 (*Modehuis A. Zwijnenburg*);
- Acórdão do T.E.D.H. de 14 de outubro de 2010, Proc.s 23759/03 e 37943/06 (*Shchokin*);
- Acórdão do T.J.U.E. de 22 de dezembro de 2010, Proc. C-103/09 - ECLI:EU:C:2010:804 (*Weald Leasing*);
- Acórdão do T.J.U.E. de 10 de novembro de 2011, Proc. C-126/10 - ECLI:EU:C:2011:718 (*FOGGIA - SGPS*);
- Acórdão do T.J. de 5 de julho de 2012, Proc. C-318/10 - ECLI:EU:C:2012:415 (*SIAT*);
- Acórdão do T.J.U.E. de 20 de junho de 2013, Proc. C-653/11 - ECLI:EU:C:2013:409 (*Newey*);
- Acórdão do T.J. de 3 de outubro de 2013, Proc. C-282/12 - ECLI:EU:C:2013:629 (*Itelcar*);
- Acórdão do T.J.U.E. de 1 de abril de 2014, Proc. C-80/12 - ECLI:EU:C:2014:200 (*Felixstowe Dock and Railway Company e o.*);
- Acórdão do T.J.U.E. de 13 de novembro de 2014, Proc. C-112/14 - ECLI:EU:C:2014:2369 (*Comissão/Reino Unido*);

- Acórdão do T.J.U.E. de 3 de fevereiro de 2015 - Proc. C-172/13 - ECLI:EU:C:2015:50 (*Comissão/Reino Unido - Marks & Spencer II*);
- Acórdão do T.J.U.E. de 12 de fevereiro de 2015, Proc. C-662/13 - ECLI:EU:C:2015:89 (*Surgicare*);
- Ação intentada no T.J.U.E. a 12 de março de 2015, Proc. C-126/15 (*Caso Comissão/Portugal*) e respetivas conclusões da Advogada-Geral Juliane Kokott apresentadas em 27 de outubro de 2016;
- Acórdão do T.J.U.E. de 14 de abril de 2016 – Proc. C-131/14 - ECLI:EU:C:2016:255 (*Cervati e Malvi*);
- Acórdão do T.J.U.E. de 8 de março de 2017, Proc. C-14/16 - ECLI:EU:C:2017:177 (*Euro Park Service*);

Internacional

- Acórdão do Tribunal E.F.T.A. de 9 de julho de 2014, Proc.s E-3/13 e E-20/13 (*Olsen*).